

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk, Ministerialrath in Karlsruhe,

Merk, Hofgerichtsrath in Freiburg.

Bayer, Hofgerichtsrath in Mannheim.

Litschgi, Hofgerichtsrath in Meersburg.

Sander, Hofgerichtsassessor in Rastadt.

Zweiter Jahrgang.

Karlsruhe 1834,

Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.



Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | N^ro. 1. | Karlsruhe den 4. Januar 1834.

Wird zur Begründung der condictio indebiti ein thatsächlicher Irrthum erfordert, oder genügt ein Rechtsirrthum?

Diese Frage ist in Nr. 6 der Annalen (erster Jahrg. 1833) ausführlich behandelt worden. Eine wiederholte Prüfung, mit Rücksicht auf den besondern Fall, welcher die dortige Ausführung veranlaßte, dürfte durch die mannigfachen Zweifel, welche einer entschiedenen Beantwortung derselben entgegen stehen, mehr aber noch durch die praktische Wichtigkeit des Gegenstandes gerechtfertiget werden. Auch mag dem Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes der Umstand zur Entschuldigung gereichen, daß er für die natürliche Billigkeit gegen das summum jus streitet.

Wir nehmen den Fall so an, wie er in dem Aufsatz Nr. 6 der Annalen (erster Jahrg. 1833) zu Anfang vorgetragen ist. Die Zweifel, welche der Referent (p. 38. 1. med.) seiner eigenen Darstellung entgegen setzt, scheinen nicht von Bedeutung, und jedenfalls dient ein fingirter Fall zur Prüfung der aufgestellten Grundsätze so gut, wie ein wahrer. Gewiß wird ein Jeder die Behandlung des Landmannes hart finden, der, den Versicherungen seines vorgesetzten Beamten vertrauend, bereitwillig eine Last auf sein Grundstück zu Gunsten des Fiscus übernimmt, dann später, von seinem Irrthum überzeugt, weil er sieht, daß Andere anders behandelt werden, mit einer Rückforderungsklage auftritt, aber abgewiesen wird. Woraus folgt, daß er mehr Rechtskenntniß als der landesherrliche Beamte oder mehr Mißtrauen in dessen Redlichkeit hätte haben müssen. Wer unbefangen diesen Fall erwägt, der wird gewiß nicht sogleich sein Billigkeitsgefühl durch die Erläuterung Brauers über L. R. 3. I. b. beruhigt fühlen.

So viel zur Entschuldigung des Verfassers, wenn er eine so ausführlich behandelte Frage einer wiederholten Prüfung zu unterwerfen wagt. Er wird dabei der Anlage der früheren Abhandlung in so weit folgen, daß er zuerst die Grundsätze des römischen Rechtes darzustellen und dann eine Beantwortung nach dem Landrecht zu begründen versucht. Eine Berücksichtigung des römischen Rechtes rechtfertiget das Beispiel der früheren Abhandlung, so wie die Erwägung, daß im Zweifel über die Auslegung eines Gesetzes das beste Mittel, ein richtiges Urtheil zu gewinnen, unstreitig darin bestehen muß, daß man sich möglichst vertraut macht mit den Begriffen und der Denkweise Derjenigen, die das Gesetz abgefaßt haben.

Schließlich muß zur Würdigung der folgenden Ausführung noch bemerkt werden, daß es der Zweck derselben nicht ist, die aufgestellte Frage entschieden zu beantworten, sondern nur eine gründliche Beantwortung vorzubereiten, indem der früheren Abhandlung, welche alles enthält, was für die Verneinung der Frage gesagt werden kann, dasjenige entgegen gestellt wird, was die Zulassung der condictio indebiti sowohl nach römischem als nach dem Landrecht zu begründen scheint. Hinsichtlich des römischen Rechtes gieng die Ansicht der älteren Ausleger *) dahin; die condictio indebiti beruhe auf der naturalis æquitas, und alles könne zurück gefordert werden, was, gleichviel ob aus factischem oder rechtlichem Irrthum, gezahlt worden, ohne naturaliter debitum zu seyn. Mit dieser Ansicht glaubten sie alle Stellen des römischen Rechtes vereinigen zu können. Die Neuern haben fast einstimmig **) den Satz vertheidigt: daß ein error in jure die condictio indebiti ausschließe. Die wichtigste Stütze dieser Ansicht ist die in dem genannten Aufsatze angeführte

Const. 9. de juris ignor.

Die entgegenstehende Meinung der ältern Rechtslehrer dürfte sich durch folgendes vertheidigen lassen. Das höchste Princip der condictio indebiti, mithin dasjenige, wonach im Zweifel die Natur derselben beurtheilt werden muß, ist die æquitas:

Hæc condictio ex bono et æquo introducta, quod

---

*) Siehe Vinnii quaest. sel. I. 47.

**) Vergl. jedoch Mühlenbruch im Archiv für civilrechtliche Praxis Band II.

alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. fr. 66. de cond. indeb.

Den Grund gibt fr. 14. desselben Titels: hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem; welchen Satz die Römer als einen der wichtigsten Grundsätze der æquitas betrachteten. *) Daraus ergiebt sich wenigstens so viel, daß zu den allgemeinsten Grundsätzen des römischen Rechtes über die condictio indebiti weit mehr die ältere, eine unbeschränkte Rückforderung des ohne Grund Gezahlten zulassende, Ansicht passen würde, als die neuere, die mit rücksichtsloser Strenge dem Volke die Rechtskenntniß durch seine eigenen nachtheiligen Erfahrungen beibringen will. — Doch mit diesem Allem ist nichts gegen ausdrückliche Gesetze gewonnen. Diese sind also jetzt zu berücksichtigen.

Die Hauptstütze der gegnerischen Ansicht ist die Const. 9. de juris ignorantia, ein Stück eines kaiserlichen Rescriptes, und zwar ein sehr kärglich zugemessenes Stück, welches uns nicht den geringsten Aufschluß über den dem Kaiser zur Entscheidung vorgelegten Fall darbietet, wiewohl darin unstreitig die beste Erklärung des allein aufbewahrten, aus allem Zusammenhange gerissenen Entscheidungsgrundes enthalten seyn würde. Dieses Ueberbleibsel ist aber von den Verfassern des Corp. J. Civ. nicht in denjenigen Titel ihres Werkes aufgenommen, welcher über die vorliegende Frage besonders Auskunft zu geben bestimmt ist (de cond. ind. IV. 5.); man hat ihn vielmehr in einen für allgemeinere Grundsätze bestimmten Anfangstitel (de juris et facti ignor. I. 18) geworfen, und dabei die vielleicht nachlässigere Bestimmung mit dem Gedanken entschuldigt: in omni jure species derogat generi.

Dem Codextitel de juris ignor. entspricht ein gleicher in den Digestis. Schon hier findet sich manches, was das Gewicht der angeführten Const. 9. bedeutend vermindern muß. Eben so allgemein, als das kaiserliche Rescript in den Const. 9., spricht fr. 8. D. de juris ignor., wo der vorsichtige Papinian folgende allgemeine Definition giebt: Error facti ne moribus quidem in damnis vel compendiis obest, juris autem error nec feminis in compendiis prodest; *ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.* Dieß ist unstreitig ein Argument von großem Gewicht für die Vertheidiger der älteren Ansicht; sie können lange darüber streiten, welcher Stelle der Vorzug zu geben sei, ob der des Codex oder der der Pandecten? ehe sie nöthig haben, sich auf das eigentlich entscheidende Feld zurückzuziehen, auf die Titel de condictione indebiti, deren Inhalt doch bei der Entscheidung der vorliegenden Streitfrage unstreitig am meisten zu berücksichtigen ist. Denn nicht leicht wird wohl der Einwand Beifall finden, womit Viele die Anwendbarkeit obiger Definition Papinians auf die condictio indebiti zu widerlegen versucht haben *), indem sie behaupteten, wer condictione indebiti das zur Ungebühr Gezahlte zurückfordere, streite nicht de re sua ammittenda, weil er sie schon verloren habe. Offenbar hat Papinian an solche Klugheit nicht gedacht, sondern das damnum rei amittendæ einfach dem lucrum entgegen gesetzt.

Doch wenden wir uns jetzt zu einer genaueren Untersuchung dessen, was die Titel de condictione indebiti darbieten!

Es muß allerdings großen Verdacht gegen die Richtigkeit der neuern Ansicht erregen, wenn in den beiden Titeln de condictione indebiti eine Beschränkung derselben auf factischen Irrthum sich nirgends, weder ausdrücklich ausgesprochen, noch angedeutet findet, obgleich uns in diesen Titeln vielfach allgemeine Bestimmungen, und Zusammenstellungen der Erfordernisse dieser Klage dargeboten werden. Man vergleiche zum B. fr. 1. 14. 24. 26. 40. besonders 50—54: Ex his omnibus causis, quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit. Ferner fr. 66. Hæc condictio ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Man kann diesem Argumente nicht wohl entgegensetzen, daß wir auf der andern Seite auch keine Gesetzesstelle haben, worin ausdrücklich erklärt wäre, daß auch das aus einem Rechtsirrthum Gezahlte zurückgefordert werden könne; denn da wir mit allgemeinen Bestimmungen genügend versehen sind, so muß jede Beschränkung, welche festsetzt, daß in einem bestimmten Falle nicht zurückgefordert werden könne, besonders bewiesen werden. Auch haben die römischen Juristen nicht ermangelt, einer andern derartigen Bestimmung wiederholt zu erwähnen, nämlich: quod quis sciens indebitum dedit, repetere non potest. Vergl. fr. 1. 26. §. 2. fr. 50. h. t. Es fehlt uns aber auch nicht an ausdrücklichen Entscheidungen solcher Fälle, wo die condictio indebiti zugelassen ist, obgleich wir nicht wohl einen andern, als einen Rechtsirrthum dabei voraussetzen können. Man findet die meisten zusammengestellt in den oben angeführten Abhandlungen von Vinnius und Mühlenbruch. Die wichtigsten mögen hier Platz finden:

Const. 5. Cod. h. t. Si a patre emancipatus ei non intra tempora, præstituta jure honorario, successisti, quidquid indebitum postea per errorem,

*) Vergl. eine ausführliche Entwickelung der Folgerungen dieses vielfach anwendbaren Satzes in Dr. Wilhelm Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts. Gießen 1833.

*) Voet Comment. in Pand. tit. de cond. ind.

utpote patris successor, dedisti, ejus condictionem tibi competere non est incerti juris.

Hier liegt offenbar ein Rechtsirrthum vor. Der Sohn glaubte Erbe seines Vaters geworden zu seyn, und hielt sich als solcher verbunden, die väterlichen Schulden zu zahlen, dieß wird ihm zuletzt zu viel; da macht er die erfreuliche Entdeckung, daß er nicht als Erbe angesehen werden könne, weil er die im Prätorischen Edicte für die Antretung des Prätorischen Erbrechtes bestimmten Zeitfristen (tempora præstituta jure honorario) nicht beobachtet habe.

Einen andern Fall entscheidet Justinian in Const. penult. h. t. Wenn Jemand, der alternativ verpflichtet ist, beide Leistungen irrthümlich erfüllt, so soll er das Zuvielgegebene zurückfordern können. Hier ist wohl auch eher ein Rechtsirrthum über die rechtliche Natur einer alternativen Verbindlichkeit als ein Vergessen seiner eigenen Handlungen vorauszusetzen.

In Const. ultima entscheidet Justinian, daß: qui mente titubante (d. h. in Ungewißheit über seine Verpflichtungen) indebitam pecuniam solvit, allerdings zurückfordern könne, und dabei nicht etwa ein Zahlen aus einem Vergleiche vorausgesetzt werden dürfe, es sei denn eine ausdrückliche Erklärung der Parteien dafür vorhanden. Ein solcher Zweifel über die Verbindlichkeit, zu zahlen, wo ein Vergleich als passend erscheinen könnte, muß wohl eher auf die rechtliche Beurtheilung der vorliegenden Thatsachen, als auf Urkunde eines zu berücksichtigenden facti bezogen werden, da einfache Thatsachen leicht zu erkunden sind, wenn man erst zweifelt, dagegen facti interpretatio (und diese gehört unstreitig in den Bereich des Rechtsirrthums) etiam prudentissimos fallit. fr. 2 de juris et facti ignorantia.

Von den Pandectenstellen bemerke man fr. 38, 39, 59 h. t. besonders aber fr. 7 de cond. ob turpem causam. Der Fall ist folgender: Ich bin durch List und Gewalt dazu gebracht, etwas zu versprechen; dieß brauche ich nicht zu erfüllen, da ich der Klage des Gegners die exceptio metus entgegenzusetzen habe. Gesetzt den Fall, ich glaube mich durch mein Versprechen gebunden und zahle; soll mir die Rückforderungsklage gegen den Räuber aus dem einzigen Grunde verweigert werden, weil ich in jure geirrt, und die Einrede vorzuschützen vergessen habe? Der römische Jurist sagt: Nein! — Man wende nicht ein, daß hier der Entstehung des gegnerischen Anspruches eine turpis causa zu Grunde liege. Ist nicht ein jedes Bestreben, aus dem unschuldigen Rechtsirrthum eines Andern einen Geldvortheil ziehen zu wollen, eine turpitudo? Dieser Fall ist ganz verschieden von dem bekannten: in emtionibus venditionibusque sese invicem circumscribere licet.

Endlich läßt sich aber auch die Hauptstelle der entgegenstehenden Meinung, nämlich die Const. 9 de juris et facti ignorantia auf eine keineswegs gezwungene Weise mit der ältern Ansicht vereinigen, wenn man dabei einen Fall voraussetzt, wo die Ungebühr der Zahlung lediglich darin bestand, daß jure civili actio nulla prodita erat gegen den Zahlenden, wiewohl derselbe als naturaliter verpflichtet galt. Denn darin stimmt die ältere Ansicht mit der neuern überein, daß gar nicht als indebitum angesehen werden dürfe alles dasjenige, wozu man naturaliter verbunden sei. Beispiele sind das Zahlen der Zinsen, ohne daß solche bedungen sind (fr. 26 h. t.), so wie die Verbindlichkeit des Haussohnes, welche in allen andern rechtlichen Wirkungen anerkannt, nur nicht klagbar ist. In diesen Fällen will auch die ältere Ansicht zwischen error facti und juris unterscheiden, so daß nur durch den ersteren die condictio indebiti begründet werden könne. Man beruft sich mit Recht auf fr. 9, 10, 20 ad SC. Macedon. Ganz besonders wichtig ist aber diese Unterscheidung zwischen dem, was jure civili, und demjenigen, was jure naturali als eine Ehrenschuld zu leisten ist, bei den Verbindlichkeiten des Erben aus dem letzten Willen seines Erblassers. Hierüber haben wir eine große Menge von Entscheidungen in den Quellen des römischen Rechts, welche alle darin zusammentreffen, daß der Erbe, wenn er etwas dem Wunsche seines Erblassers gemäß geleistet hat, wiewohl er rechtlich dazu nicht gezwungen werden konnte, solches nicht unter dem Vorwande, sich in jure geirrt zu haben zurückfordern könne. So z. B. wenn er bei Auszahlung der Legate sein ihm durch die lex Falcidia zugesichertes Viertheil angegriffen, oder Fideicommisse gezahlt hat, die wegen formeller Mängel nicht klagbar waren *). Es lassen sich hierfür auch die besten Gründe denken. Die Gefahr wäre allerdings groß, daß unter dem Vorwande, sich in jure geirrt zu haben, von einem Legator ein Legat zu einer sehr ungelegenen Zeit zurückgefordert würde, welches dieser schon längst verzehrte. Der Empfänger verdient nämlich in einem solchen Verhältnisse um so mehr Schutz, da er nicht wohl, ehe er seine Gabe verzehrt, sich versichern kann, daß sie ihm auch gegönnt sei. Den Erben z. B. auf die quarta Falcidia aufmerksam zu machen, um gewiß zu seyn, daß derselbe mit vollem Bewußtseyn seiner Rechte den letzten Willen vollziehe, würde ein beleidigendes Zweifeln an der Pietät desselben voraussetzen. Somit bleibt dem Legator nichts übrig, als zu empfangen und zu genießen; eine mögliche Rückforderung unter dem Vorwande eines Rechtsirrthums würde sehr unbillig seyn. Ganz anders in dem Falle, welcher zu dieser Abhandlung die Veranlassung gegeben hat.

Mag nun die angegebene Erklärung der Bestimmungen des römischen Rechtes die richtige seyn oder nicht, so viel ergiebt sich ohne Zweifel aus dem Bisherigen, daß der Fälle,

*) Siehe Vinnius in der angeführten Abhandlung.

wo unbestreitbar nur facti ignorantia die Rückforderungsklage begründet, nicht wenige sind. Um so eher ist aber die Voraussetzung zuläßig, welche der Const. 10. de juris ignor., woraus die Neuern einen allgemeinen Satz ableiten wollen, einen derartigen Fall unterschiebt.

So viel zur Vertheidigung der ältern Ansicht über cond. indebiti im Allgemeinen. Die besondere Veranlassung dieser Ausführung bringt es mit sich, daß hier noch an den Einfluß der rusticitas auf die Zulassung der condictio indebiti erinnert wird. Denn der Kläger im Falle von Nr. 6 der Annalen (erster Jahrg. 1833) soll ein Landmann gewesen seyn. Diesen galt bekanntlich ein geringerer Grad von rechtlicher Bildung zur Entschuldigung, sobald sie durch ein Versehen in Gefahr kamen, etwas zu verlieren, oder eine Strafe verwirkt hatten. Der Prätor verfuhr dabei causa cognita nach billigem Ermessen. Eine solche Person sollte sogar von dem Beweise ihres Klaggrundes ganz frei seyn. In fr. 25 de probationibus wird die Regel aufgestellt, daß wer die cond. indebiti anstellt, beweisen müsse, zur Ungebühr gezahlt zu haben. Dann folgen die Ausnahmen; §. 1. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel minor sit, vel pupillus — — — — — — — — — vel miles vel agricultor et forensium rerum expers, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et deditas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere. Demgemäß muß im Falle von Nr. 6 der Annalen (erster Jahrg. 1833) gewiß berücksichtiget werden, wie verzeihlich für einen Landmann ein Rechtsirrthum sei, wenn er dazu durch die Versicherung eines Beamten verleitet wird. Wie sollte wohl in diesem Falle der Beklagte beweisen: debitam fuisse pecuniam?

Wir wollen nun sehen, ob und wie weit wir Grund haben, das Landrecht mit dem römischen übereinstimmend zu finden. Natürlich gehen wir dabei von einem andern Standpunkte aus, als der Verfasser des vorigen Aufsatzes, da wir vom römischen Rechte die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt haben.

Fürs erste ist eine Verschiedenheit des Landrechts darin zu finden, daß die verschiedenen Privilegien derjenigen, denen nach römischem Rechte die Rechtsunwissenheit in größerem oder geringerem Umfange verziehen wurde, als Frauen, Soldaten, Landleute, in das Landrecht nicht aufgenommen sind. Siehe Brauer über L. R. Zus. I. b. Es kommt also darauf an, was das Landrecht als Regel aufstellt.

Der Verfasser des früheren Aufsatzes ist bei seiner Darstellung der Grundsätze des Landrechts den Ideen Brauers gefolgt; welches er dadurch zu rechtfertigen sucht, daß dieser Redacteur des Landrechts überall, wo es auf die Absicht des Gesetzgebers und den Sinn des Gesetzes ankomme, unläugbar der gewichtigste Ausleger desselben sei. Diese letztere Behauptung kann aber wohl nicht so allgemein zugegeben werden, als sie aufgestellt ist. Sie muß auf Zusätze beschränkt werden, die von dem Redacteur selbst herrühren, und auf solche Stellen, wovon sich nachweisen läßt, daß sie von demselben absichtlich so, wie wir sie haben, abgefaßt worden seien, um einen bestimmten Sinn hinein zu legen. Wir müssen offenbar übermenschliche Kräfte bei dem Redacteur des Landrechts voraussetzen, wenn man seinen Arbeiten einen Werth beilegen wollte, wie man ihn mit Recht den Discussions über den Code giebt. Es werden also die Fälle, wo Brauer als Redacteur zu berücksichtigen ist, verhältnißmäßig die bei weitem seltenern seyn. Wir würden auch im vorliegenden Falle nicht den geringsten Anstand nehmen, von seiner Meinung abzuweichen, wenn er nicht gesetzgeberisch dafür gesorgt hätte, derselben ein fortwährendes Ansehen zu sichern. Brauer hatte die gewöhnliche Ansicht der meisten neuern Ausleger des römischen Rechtes angenommen, daß error juris die condictio indebiti ausschließe. Dieselben Grundsätze glaubte er auch im Landrecht unbestreitbar anerkannt zu finden. Aber mit einer seltsamen Ironie gegen die Richtigkeit seiner Ansicht fand er für nöthig, dieselbe im Zusatz I. b. ausdrücklich zu sanctioniren, um die Zweifelsucht deutscher Juristen zu beschwichtigen, keineswegs in der Absicht, etwas Neues hinein zu tragen. Man sehe seine Erläuterungen über Zusatz I. b. So entstand L. R. Zus. I. b.:

„Für bekannt angenommene Gesetze soll Jedermann wissen. Deren Nichtwissen oder Falschwissen schadet sowohl im Verlust als im Gewinn."

Der Sinn dieses Gesetzes ist unbestreitbar, wenn man Brauers Erläuterungen berücksichtiget. Nur könnte man etwa zweifeln, in wie fern der Redacteur desselben sich deutlich gedacht habe, wie sein allgemeiner Satz bei den verschiedenen einzelnen Rechtslehren zur Anwendung zu bringen sei. Jedoch dürfte sich so viel mit Bestimmtheit aussprechen lassen, daß, wenn wir bloß diese Gesetzesstelle allein zu berücksichtigen hätten, über die Beantwortung der aufgestellten Frage nicht wohl gestritten werden könnte.

Aber wir haben zwei andere Gesetzesstellen, die mit dem angeführten L. R. Zus. I. b. so augenfällig in Widerspruch zu stehen scheinen, daß sich wenigstens eine ausführlichere Erörterung über den Sinn derselben rechtfertiget. Es sind dieß die Landrechtssätze 1235:

„Jede Zahlung setzt eine Schuld voraus; wer etwas zahlt, ohne es schuldig zu seyn, kann es zurückfordern."

und 1376 aus dem Abschnitt von Zahlungen zur Ungebühr:

„Wer wissentlich oder aus Irrthum etwas annimmt, das ihm als Zahlung auf eine vermeinte aber nicht vorhandene Forderung

gegeben wurde, wird verbindlich, das ungebührlich Empfangene dem Zähler zu ersetzen."

Fragen wir nach dem Sinn dieser beiden Gesetzesstellen, also mit andern Worten nach den Grundsätzen des reinen Napoleonischen Rechtes über condictio indebiti, im Fall aus einem Rechtsirrthum gezahlt ist, so dürfte sich kaum etwas zur Erläuterung dieser unstreitig mit wahrhaft gesetzgeberischer Klarheit und Genauigkeit gefaßten Sätze sagen lassen. Bei beiden beabsichtigte man, die Grundsätze der condictio indebiti zu bestimmen, wie die Andeutungen Maleville's zeigen. Bei dem zweiten (1346) wich man, im Geiste einer vereinfachenden Gesetzgebung, vom römischen Rechte darin ab, daß man den Fall der wissentlichen Annahme einer nicht gebührenden Zahlung, wo die Römer den dolosen Empfänger als Dieb behandelten (fr. 18. de condictione furtiva), mit unter die Grundsätze der einfachen condictio indebiti zog. Beide werden ganz gleich gestellt, sowohl derjenige, welcher eine Nichtschuld wissentlich, als derjenige, welcher sie in gutem Glauben annimmt; ein Grund mehr, dem Willen des Gesetzgebers nicht eine Unterscheidung unterzuschieben, die für den ersteren Fall sehr schlecht passen würde. Denn soll etwa der (fur im Sinne der Römer), der sich wissentlich von einem Andern zahlen läßt, was ihm nicht gebührt, in den Augen des Gesetzgebers dadurch entschuldigt werden, daß der Betrogene in jure irrte und nicht in facto? Nach Römischem Rechte wenigstens war es nicht so, und da eine jede Abweichung eines neuern Gesetzes der Natur der Sache nach nicht ohne ausdrückliche Erklärung des Gesetzgebers angenommen werden darf, so wäre hiermit ein neuer Grund gegen eine Ansicht gegeben, welche eine so bedeutende Abweichung von dem älteren Rechte als stillschweigenden Willen des Gesetzgebers der neuen Gesetze, welches mit keiner Sylbe dieser Abänderung erwähnt, unterschieben wollte.

Fragen wir, wie die französischen Ausleger des Code unsern Artikel verstanden haben, so antwortet der Verfasser des Aufsatzes in Nr. 6 der Annalen (erster Jahrg. 1833): die angesehensten französischen Rechtslehrer fanden auch wirklich in ihrem Code civil, ohne unseren Zusatz I. b. zu besitzen, die gedachte Wahrheit u. s. w. So sagt namentlich Pothier, u. s. w. Da aber Pothier bekanntlich 1772 gestorben ist, so dürfte diese einzige Autorität schwerlich hinreichend seyn, obiger Behauptung den Schein einer temeritas affirmandi zu benehmen. Ein Gewährsmann unserer Ansicht dagegen ist Zachariä, in dessen Handbuche §. 442 man seine Gründe und die Autoritäten französischer Schriftsteller findet. Es würde überflüssig seyn, hier zu wiederholen, was dort nachgesehen werden kann; wir wenden uns daher zu der Untersuchung der Frage, ob und in wie fern durch die Uebersetzung des französischen Art. 1376 im Landrecht der Sinn desselben geändert sei? weil es von der Entscheidung derselben abhängt, ob das Ansehn französischer Rechtsgelehrten bei der Auslegung des Landrechtssatzes in Betracht kommen kann.

Die Worte des Code (art. 1376) sind: Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige a le restituer a celui, de qui il l'a indûment reçu. Man vergleiche L. R. S. 1376: Wer wissentlich oder aus Irrthum etwas annimmt, das ihm als Zahlung auf eine vermeinte aber nicht vorhandene Forderung gegeben wurde, wird verbindlich, das ungebührlich Empfangene dem Zähler zu ersetzen. Die Worte: ce qui ne lui est pas dû, sind ersetzt durch: das ihm als Zahlung auf eine vermeinte aber nicht vorhandene Forderung u. s. w. Warum diese weitläufigere Bezeichnung dessen, was man hätte viel kürzer übersetzen können? Hier ist vor Allem Brauer zu hören; aus dessen Ausführung im sechsten Bande seiner Erläuterungen Nr. 315 Seite 766 sich ergiebt, daß man durch die Beschränkung der Rückforderung auf den Fall der Zahlung einer vermeinten Forderung dem römischen Satze: quod quis sciens dedit, repeti non potest (fr. 1. fr. 26. §. 2. fr. 50. de eond. indebiti fr. 53. de reg. juris) im Landrechte eine Begründung geben wollte. Dieß ist aber für die Entscheidung unserer Frage ganz gleichgültig, und daher wirklich nicht einzusehen, warum der Verfasser des Aufsatzes in Nr. 6 der Annalen (erster Jahrg. 1833) mehr als eine ganze Columne dazu verwendet, um zu deduciren, daß L. R. S. 1235 und 1376 nicht mit einander im Widerspruche stehen.

Die entscheidende Frage dürfte einfach so zu stellen seyn: soll man dem L. R. Zus. I. b. oder den Landrechtssätzen 1235 und 1376 den Vorzug geben? Für den Vorzug der letztern spricht die Regel der natürlichen Hermeneutik: in toto jure generi per speciem derogatur; et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est (fr. 81. D. de reg. jur.), welche Regel im L. R. Zusatz 6. a. angedeutet zu seyn scheint.

Wenn in den L. R. Sätzen 1356 und 2052 ausdrücklich das Berufen auf einen Rechtsirrthum verworfen wird, so kann dieses unmöglich, wie der Verfasser *) des vorigen Aufsatzes behauptet, die consequente Durchführung des L. R. Zus. I. b. beweisen. Diese Sätze waren im Code, ehe der erwähnte Zusatz existirte; und eben daraus, daß man es in einzelnen Fällen für nöthig fand, zu erwähnen, daß der Rechtsirrthum weniger entschuldbar seyn solle, als der factische, läßt sich ein Beweis des Gegentheiles für solche Fälle entnehmen, wo das Gesetz ganz allgemein spricht.

*) Siehe Annalen (erster Jahrg. 1833) p. 39 b. med.

Wir haben hier offenbar mehrere sich widersprechende Gesetzesstellen zu vereinigen, deren Vereinigung nicht mindere hermeneutische Schwierigkeiten darbieten möchte, als die der oben angeführten Stellen des römischen Rechtes, welche gewiß Manchem als ein willkommenes, überzeugendes Beispiel der Unvollkommenheiten der Justinianischen Gesetzgebung erschienen sind.

Gereifteres Urtheil mag die Entscheidung der aufgeworfenen Frage geben. Dr. Muncke.

Rechtsfall über theilweise Sequestration einer Verlassenschaft und Errichtung eines Erbverzeichnisses.

Johann Friedrich starb im Jahr 1832 zu Karlsruhe, und hinterließ ein Testament, worin er seine zweite Ehefrau zur Universalerbin ernannt hatte.

Nach der Obsignation des Nachlasses traten die Geschwister der ersten Ehefrau des Erblassers auf, welche im Jahr 1812 zu Frankfurt gestorben war, und behaupteten auf den Grund eines zwischen dieser ersten Ehefrau und dem Erblasser errichteten gegenseitigen Testaments, daß der Erblasser kein Testament habe errichten können, sondern daß sie, zufolge der in jenem gegenseitigen Testament enthaltenen fideicommissarischen Erbeinsetzung, die Erben des Nachlasses des J. Friedrich wären. Der Hauptprozeß darüber ist noch im Lauf, in einem Nebengesuche baten aber noch die Kläger um Errichtung eines Inventars und Aufstellung eines Erbpflegers und nach gehöriger Verhandlung dieses Incidenstreits erkannte das Stadtamt Karlsruhe: daß ein Inventarium aufzunehmen seie, und die strittigen ³/₅ der Verlassenschaft durch einen gerichtlichen Hüter verwaltet werden sollten.

Auf ergriffene Appellation der hinterlassenen Wittwe des Erblassers ward aber abändernd zu Recht erkannt: daß die Kläger kein persönliches Recht zur Errichtung eines Inventars hätten, und auch die von dem Stadtamt ausgesprochene Sequestration der strittigen ³/₅ der Verlassenschaft aufzuheben sei. Dieses unter Verfällung der Kläger in die Kosten beider Instanzen.

Folgendes waren die

Entscheidungsgründe:

Die Kläger begründen ihr Verlangen, daß über den Nachlaß des Erblassers ein Inventarium errichtet, und der gesammte Nachlaß einem Erbpfleger zur Verwaltung gegeben werde, durch ein gegenseitiges Testament des Erblassers mit seiner ersten Ehefrau, worin sie zu Erben eingesetzt worden seyn sollen, obwohl nun dieses widersprochen ist, so haben sie keinen Beweis deßhalb angetreten; das vom beklagten Theil selbst vorgelegte gegenseitige Testament können sie schon deßhalb nicht benutzen, weil auch in dieser Instanz der Beklagte der behaupteten Ausdehnung ihres Erbrechts widersprochen und das Testament nur in Abschrift, und zum Beweis seiner Bestreitung des Erbrechts der Kläger vorgelegt hat. Es kann daher schon in dieser Beziehung das Gesuch der Kläger als eine einstweilige Verfügung nach §. 709 der Prozeßordnung nicht Statt finden, weil sie die sie begründenden Thatsachen nach §. 711 der Prozeßordnung nicht angegeben, und bescheinigt und zudem das weitere Erforderniß irgend einer Gefahr gar nicht angeführt und bewiesen haben.

Allein wenn man auch davon abgehen will, so ist denn doch das Suchen der Kläger in Rechten ungegründet, denn wenn sie ihr Suchen um Sequestration der Erbmasse auf den L. R. S. 1961 Nr. 2 und §. 257 Nr. 6 a. b. der Prozeßordnung begründen, so muß vor Allem wieder eine Gefahr der Verderbung oder Veräußerung angegeben und bescheinigt seyn, was nicht geschah, und es werden überhaupt beide Gesetzesstellen gar nicht von dem Fall der Sequestration einer ganzen Verlassenschaft, sondern nur vom Beschlag einzelner beweglicher Sachen zu verstehen seyn. Eine Verlassenschaft ist nämlich nicht nur ein Complex von bestimmten Sachen, sondern ist die Universalität der Güter, Rechte, Forderungen, Verbindlichkeiten und Lasten eines Verstorbenen, sie ist die Fortsetzung seiner Person, und die gesetzlichen Erben sind im Satz 724 nach der bekannten Regel — le mort saisit le vif — Kraft Gesetzes zum Besitz dieser Erbschaft gerufen. In einem solchen Fall ist es bekannten Rechtens, daß der Erbe sogleich in eigenem Namen in die Rechte des Erblassers — cujus personam sustinet — eintritt, und daher auch alsbald von dessen Gläubigern beklagt werden kann. Wird nun die Verlassenschaft und zwar nur zu ³/₅ in Sequester gegeben, so wären sonach die Gläubiger gehalten, ihre Klagen zu ³/₅ gegen den Sequester, und zu ²/₅ gegen die Beklagte als Universalerbin des Erblassers zu verfolgen, da aber die Erbtheilung noch nicht erfolgt ist und nicht erfolgen kann, so besteht der Sequester an der ganzen Verlassenschaft nach dem ideellen Verhältniß von ³/₅ zu ²/₅ und es wären daher auch die Rechte und Klagen aus der Verlassenschaft zu ³/₅ vom Sequester, und zu ²/₅ von der Beklagten als Universalerbin zu verfolgen. Ein Sequester ist aber nur ein Depositor, und kann nur jene Verwaltungsmaßregeln vornehmen, welche aus dem Wesen des Depositums entspringen, er kann nicht die Person des Erblassers vorstellen, er kann nicht auf Erfüllung der dem Erblasser aufliegenden Verbindlichkeiten belangt werden, er kann eben so wenig selbst die Rechte und Klagen des Erblassers verfolgen, und sonach wäre durch den Sequester den Gläubigern der Verlassenschaft ihr Klagrecht zu ³/₅, und der Verlassenschaft selbst die Betreibung ihrer Rechte zu ³/₅ entzogen, denn wie gesagt, der Sequester kann nicht Namens des Er-

lassers belangt werden und kann nicht Kraft dessen Rechts und Namens klagen. Die Erbschaft würde zu ⅓ eine ledige und zu ⅔ eine in den Händen eines Universalerben liegende seyn, was nicht aufrecht erhalten werden kann. Die Kläger haben dieß wohl selbst eingesehen, denn sie haben eigentlich nicht um einen Sequester, sondern um einen Erbpfleger angestanden, allein auch dieses Gesuch ist in Rechten ungegründet, denn nach L. R. S. 811 wird nur dann ein Erbpfleger ernannt, wenn eine Erbschaft eine ledige ist, und sie ist nach Satz 811 nur dann ledig, wenn kein Erbe bekannt ist und keiner erscheint. Hier tritt aber die Beklagte als Erbnehmerin, ohne daß Pflichterben vorhanden sind, auf, und wird durch den L. R. S. 1006, 1006 a. den gesetzlichen Erben gleich gestellt, so daß also hier kein lediges Erbe, also auch kein Fall der Aufstellung eines Erbpflegers vorliegt. Gerade der Satz 813 beweist den großen Unterschied zwischen einem Erbpfleger und Sequester, denn er betrachtet den Erbpfleger als Fortsetzung der Person des Erblassers, überträgt ihm deßhalb die Ausübung und Einklagung aller seiner Rechte, unterstellt ihn aber den gegen die Erbschaft gerichteten Klagen, was bei einem Sequester, und dessen rechtlichem Begriff nie eintreten kann. Würde ein Sequester wegen des Streits zwischen zweien Erben über eine ganze Verlassenschaft ernannt, so könnte über eine einzelne Sache der Erbschaft ein Streit gegen einen Dritten entstehen, und alsdann würde die Sache aus den Händen des ersten Sequesters, welcher hier gegen den Gläubiger die Person des Erblassers, d. h. des Schuldners, darstellte, genommen werden, und einem andern — einem Untersequester — anvertraut werden müssen, was doch nicht vorkommen kann, wenn man den rechtlichen Begriff eines Sequesters aufrecht erhalten will. Vergleicht man auch mit dem L. R. S. 811 die Sätze 788, 807—9, 820, 877, 878, so findet man in ihnen, wo von Rechten an die Erbschaft die Rede ist, nirgends eines Sequesters, sondern nur des Grundsatzes erwähnt, daß die Berechtigten eine Verlassenschaft obsigniren, ein Inventar verlangen, und ihm so wie allen Handlungen der Erbtheilung zur Wahrung ihrer Rechte beiwohnen können, und vergleicht man damit noch weiter die Art. 907—1002 des Code de proc., wo er in Ausfüllung des leider von unserer Proceßordnung übersehenen Versprechens des L. R. S. 821 das Verfahren bei Verlassenschaften bestimmt, so findet man auch da nirgends einer Sequestration der Verlassenschaft erwähnt, welche eigentlich eine wahre, wenn auch vorübergehende Vermögensconfiscation wäre. Die Sequestration ist aber im vorliegenden Fall noch um so drückender und ungerechter, als die Beklagte die Ehefrau des Verstorbenen ist, welche vor der Hand nach Satz 1393 als in Gütergemeinschaft mit dem Verstorbenen lebend betrachtet werden muß, und deren Recht auf Theilung der Gütergemeinschaft zur Hälfte, und auf den Besitz auf das Ganze im Stück wegen der ehelichen Nutznießung gänzlich durch die Sequestration zu ⅔ mißkannt würde.

Handelte es sich aber um die Einweisung in den Besitz und die Gewähr einer Verlassenschaft, so ist es vor Allem richtig, daß die Kläger nicht darum, sondern um die Aufstellung eines Erbpflegers gebeten haben, welches Gesuch aber in Rechten nicht gegründet ist. Allein auch diese Einweisung der Kläger ist unbegründet. Wie gezeigt, so ist ein lediges Erbe nicht vorhanden, sondern es sind Personen da, welche das Erbe ansprechen, und da es nun ein Hauptgrundsatz nicht nur des Erbrechts, sondern des Staats und der Rechtssicherheit des Vermögens Aller ist, daß keine Verlassenschaft, d. h. die Universalität der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen hinsichtlich der zu seiner Vertretung berechtigten Personen nicht ungewiß sei, so hat der Satz 724 den Grundsatz aufgestellt, daß die Intestaterben Kraft Gesetzes, also ohne irgend eine Thathandlung in den Besitz und die Gewähr des Erbes eintreten, was die französischen Rechtslehrer mit dem Satz ausdrücken: saisina est potius juris quam facti. Im vorliegenden Fall ist nun die Beklagte Kraft eines öffentlichen Testaments als Universalerbin des Erblassers aufgetreten, sie hat sonach zufolge des S. 1006, 1006 a., da hier keine Pflichterben da sind, nicht nöthig, die Einweisung in das Erbe zu verlangen, sondern sie tritt Kraft Gesetzes in den Besitz und die Gewähr desselben ein. Will man ihr die Bestimmungen des Satzes 1008 entgegenhalten, so ist vorerst zu bedenken, daß sie in der Appellationsbeschwerdeschrift ausdrücklich behauptet hat, sie trete Kraft öffentlichen Testaments in das Erbe, und da die Kläger Appellaten dieß nicht widersprochen haben, so ist dieser Thatumstand als erwiesen anzunehmen, so daß der S. 1008 gar nicht eintritt. Will man aber davon absehen, so ist denn doch im S. 1008 nicht vorgeschrieben, daß seine Handlungen bei Strafe des Verlusts des Rechts auf die Einweisung in den Besitz der Erbschaft beobachtet werden müssen, ja sogar unser Landrecht übersetzt den französischen Text — la possession — mit Gewähr, und man könnte daher behaupten, daß der Besitz allerdings dem eingesetzten Erben gehöre, allein auch davon abgesehen, so verlangt die Beklagte die Einweisung in das Erbe Kraft ihres Testaments, und wenn die Kläger dieß bestreiten, so muß entschieden werden, wem die Einweisung fürsorglich gebührt, denn ungewiß und unentschieden darf die Einweisung nicht bleiben. Hier fällt aber nun vor Allem in die Augen, daß die S. 1006 seqq. überall nur von dem Fall sprechen, wo die gesetzlichen Kraft des S. 724 zum Besitz des Erbes berechtigten Erben dem Erbnehmer den Besitz bestreiten. Die Kläger sind aber keine gesetzlichen Erben des Erblassers, sondern sie sprechen aus einem

Testament der ersten Ehefrau des Erblassers einen Theil des hinterlassenen Vermögens desselben an, sie können aber in so fern höchstens als Erbtheilnehmer betrachtet werden, welche nie eine Einweisung in den Besitz eines Erbes, sondern nach S. 1011 nur eine Auslieferung ihres Vermächtnisses verlangen können. Aber auch zugegeben, daß die Kläger ein ebenfallsiges Recht auf die Einweisung hätten, so ist der Entscheidung zwischen beiden Parteien zuerst der Thatumstand für die Beklagten zu unterlegen, daß sie als Ehefrau des Erblassers Kraft der gesetzlichen Vermuthung der Gütergemeinschaft aus diesem Rechtsverhältniß einen Theil der Verlassenschaft zu Eigenthum und zu Besitz anzusprechen befugt ist, daß ihr nach S. 738 a. die eheliche Nutznießung des ganzen Vermögens im Stück zusteht, und daß sie als überlebender Theil factisch schon im Besitz der Verlassenschaft als ungetheiltes Gemeinschaftsvermögen sich befindet, so daß sie offenbar den Klägern vorgeht. Will man aber auch davon wieder absehen, so muß man wenigstens zugeben, daß alsdann unser Landrecht keine Entscheidungsregeln für den vorliegenden Fall enthält, und daß man also nach S. 4 b. das römische Recht in vergleichende Rücksicht zu nehmen hat. Hier finden wir aber die Vorschrift, daß Demjenigen die missio in bona gebührt, der das wahrscheinlichste Recht hat, und daß insbesonders der institutus dem substitutus vorgezogen wird. Die Beklagte ist aber Erbnehmerin, und in so fern dem institutus heres zu vergleichen, die Kläger sind höchstens nur Erbtheilnehmer, und dafür sagt die L. 1. c. de edicto divi hadriani toll: cum inter institutum et substitutum controversia moreatur, eum qui primo loco institutus est induci in possessionem oportet. Die L. 2 und 3 eodem machen aber noch den bemerkenswerthen Unterschied, daß der eingesetzte Erbe, wenn das Testament mit den gehörigen Formen bekleidet, und nicht als nullum, sondern wegen innerer Fehler des Testators als in officiosum vel injustum angegriffen wird, doch zur missio in bona berechtigt sei, wovon der Grund darin liegt, daß bei einem Testament, dessen Form fehlerhaft ist, der Wille des Testators selbst zweifelhaft und ungewiß wird, während bei dem formrichtigen Testament der ausgedrückte Wille gewiß, und nach dem Satz — disponat testator et erit lex — so lange vorsorglich zu vollziehen und zu ehren ist, bis die Frage über den innern Fehler des Testators entschieden ist. Hier aber fechten nun die Kläger das Testament nicht als formunrichtig an, sondern sie bestreiten dem Testator das Recht, so und so viel zu vermachen, und nach römischem Recht wäre es also nicht zu bezweifeln, daß die Beklagte in das Erbe eingewiesen würde. Nach allem Vorstehenden wird es aber auch richtig seyn, daß das Suchen der Kläger um Aufstellung eines Erbpflegers in Rechten unbegründet, daß die Sequestration des Erbes in Rechten unzulässig, und also das ergangene Urtheil aufzuheben ist.

Was nun das weitere Suchen der Kläger um Errichtung eines Inventars anlangt, so besitzen die Kläger hierzu kein persönliches Recht. Wann und auf wessen Andringen ein Inventar aufzunehmen ist, wird in unserm Landrecht und in der Prozeßordnung nirgends bestimmt, letztere hat, wie gesagt, das Versprechen des L. R. S. 821 nicht erfüllt. Das Landrecht erwähnt des Inventars nur bei den gesetzlichen Erben, der L. R. S. 820 spricht nur von Gläubigern, und wenn man auch die Kläger als Erbtheilnehmer den Gläubigern gleichstellen wollte, so haben sie keinen klaren Brief und Siegel — litre executoire — nachgewiesen, und können sich sonach auf diesen Satz nicht beziehen. Die Rechtsbelehrung vom 7. März 1810, Regbl. 1810 Nr. 11, ist vorerst kein Gesetz, und jedenfalls tritt keiner der dort angeführten Fälle ein, indem die Kläger keine der dortigen Voraussetzungen nachgewiesen haben, wie es doch bei dem hier stattfindenden abgekürzten Verfahren ihre Pflicht war. Insbesondere tritt der Fall eines zur Aftererbschaft bestimmten Nachlasses nicht ein, denn abgesehen davon, daß es nach dem von der Beklagten vorgelegten Testament der ersten Ehefrau des Erblassers kaum zu bezweifeln ist, daß hierin keine substitutio fideicommissaria, sondern eher ein legatum ejus, quod supererit enthalten ist, so war jedenfalls der Nachlaß der ersten Ehefrau des Erblassers jener, welcher zur Aftererbschaft für die Kläger bestimmt war, dort war also ein Inventar aufzunehmen; die Verlassenschaft des jetzt verstorbenen Erblassers ist aber nicht zur Aftererbschaft bestimmt, und gegen sie können also die Kläger die Errichtung eines Inventars nicht verlangen. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die Errichtung eines Inventars eine solche vorsorgliche Maßregel ist, welche einestheils dem Recht eines Erben auf Besitz und Gewähr der Verlassenschaft keinen Eintrag thut, und doch die einstigen Rechte Derjenigen wahrt, welche überhaupt eine Ansprache an die Erbschaft machen, allein wir entbehren einmal der Vorschriften der Art. 909, 930, 941 des Code de proc., welche das Recht, auf Errichtung eines Inventars anzutragen, allen Jenen zugestehen, die ein Recht an die Verlassenschaft ansprechen, und man kann sonach von Richteramtswegen den Klägern ein solches Recht nicht schaffen. Uebrigens werden sie durch ihre Abweisung in dieser Hinsicht nicht gefährdet, denn jedenfalls muß hier aus staatsrechtlichen Gründen, wegen des Erbschaftsaccises, ein Inventar errichtet werden, und diesem können die Kläger arg. des S. 821 beiwohnen, also ihre Rechte doch wahren. Hätten sie darum gebeten, so hätte man es ausgesprochen, allein ungebeten konnte man es nicht thun. Doch liegt im Ausdruck des Urtheils, daß die Kläger kein persönliches Recht auf Errichtung eines Inventars haben, zugleich die Sicherung der Errichtung des Inventars aus staatsrechtlichen Gründen. Die Verurtheilung der Kläger in die Kosten wird durch ihre Sachfälligkeit bedingt.

Sander.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe den 11. Januar 1834.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall. Die Gültigkeit einer Zahlung eines Zehntpachtschillings bei einer Dienstmutation an den Dienstvorfahrer betreffend.

Pfarrverweser M. in O. hatte zu seinem Interimsgehalt den Kleinzehnten in der Gemarkung weiter zu beziehen, den er pro 1831 an W. und Konsorten um 210 fl., die Hälfte auf Michaelis, die andere Halbscheid auf Weihnachten zahlbar verpachtet hatte. Als er bald nach dieser Verpachtung seine Versetzung nach einem andern Orte in Erfahrung brachte, suchte er seinen Pachtschilling früher zu Handen zu bringen, und es zahlte ein Dritter, Gr., im August denselben ihm aus, dem der Pfarrverweser hierauf ohne weitern Cessionsakt seinen Forderungstitel an die Pächter simpliciter übergab, und der sodann solchen an den L. förmlich cedirte. Am 24. Oktober trat, nachdem Pfarrverweser M. wirklich versetzt worden war, Ehr. als solcher zu O. ein, der darauf an die Kleinzehntpächter die Zahlung des ihm vom 24. Oktober 1831 bis 23. April 1832 als dem Abkurungsziel am Kleinzehntpacht betreffenden Antheils per 101 fl. 26 kr. verlangte, indem er, — obwohl sich der abgekommene Pfarrverweser M. zum Ersatz dieses schon bezogenen Antheils anbot, — solchen als Schuldner wegen seiner sonstigen Schuldverhaftung nicht annehmen, sondern sich diesfalls lediglich nur an die Pächter halten wollte, und daher bat, den L. als Cessionar des Gr. mit seinen Ansprüchen auf fragliche 101 fl. 26 kr. abzuweisen. Die Pächter wendeten ein: Obgleich sie dem Gr. zur Zahlung des Pachtschillings keinen bestimmten Auftrag gegeben, so sei diese Zahlung nun doch für sie und in ihrem Namen geschehen, und auch gültig, weil Pfarrverweser M. damals der rechte Empfänger gewesen sei. Der Cessionar L., welcher inzwischen an den von Gr. an ihn cedirten 210 fl. von den Pächtern 92 fl. erhalten hatte, forderte intervenirend den Rest an solche, an welchem einer der Pächter aber 45 fl. als den ihm vom abgekommenen Pfarrverweser schuldigen Hauszins wettschlagen wollte. Das Amt erkannte hierauf: daß die von Gr. an vorigen Pfarrverweser M. geschehene Zahlung, in so weit solche den ihm am Kleinzehent gebührenden Antheil übersteige, also mit 104 fl. 26 kr. für ungültig geschehen zu erklären sei, daß vordersamst zu deren Ersatz die bei den Pächtern noch vorhandenen 73 fl. zu verwenden, der Rest per 31 fl. 26 kr. aber von dem von einem der Pächter als Hauszins wettgeschlagenen 45 fl. darauf zu legen sei, daß Gr. dem Cessionar L. den an der cedirten Summe noch nicht bezahlten Betrag, die Pächter aber dem Gr. den an Pfarrverweser M. für sie bezahlten Vorschuß, so weit solcher an Cessionar L. noch nicht abgeführt worden — zu bezahlen für schuldig erkannt werde, — wogegen Letztern der Regreß an den vorigen Pfarrverweser M. vorbehalten bleibe. Die Pächter legten dagegen die Berufung ein, deren Ausführung sie darauf gründeten, wie es zugegeben sei, daß der vorige Pfarrverweser den Pachtschilling bezahlt erhalten, die Zahlung für sie geschehen, und derselbe als Verwalter und Nutznießer des Zehents zum Empfang berechtiget gewesen, daß den Zahler es nicht berühre, wenn durch nachgefolgte Dienstveränderung dessen Nachfolger auf einen Theil des Kleinzehents einen Anspruch erlangt habe, hinsichtlich dessen er sich daher lediglich abrechnungsweise an seinen Vorfahrer zu halten habe, und die durch das Urtheil zugefügte Beschwerde um so gravirender sich darstelle, als sie auch, obwohl einerseits die Zahlung des Gr. für sie als ungültig erklärt worden — dennoch an ihn, obschon er diesfalls nicht geklagt, — und somit doppelt bezahlen sollen, Gr. aber zur Zahlung an L. seinen Cessionar verfällt worden, ohne daß hierüber Klage und Verhandlung vorliege, in welch beiden Beziehungen der Richter daher über Ansprüche entschieden habe, worüber keine Kläger und Parteien vorhanden seien, welcher Theil des Urtheils daher offenbar nichtig sei. Der appellatische neue Pfarrverweser stützte sich in der Einrede darauf, daß ihm der zugesprochene Antheil am Kleinzehent als pars salarii gebühre, er ein jus quæsitum darauf durch seine Anstellung erlangt habe, daß sein Vorgänger, indem er den ganzen Kleinzehent veräußert, hinsichtlich des dem Nachfolger gebührenden An-

theils über eine fremde Sache disponirt, und zum Empfang des Werths keineswegs als berechtiget erscheine, um so weniger, als der zweite Termin erst lange nach seinem Abzug fällig geworden sei. Zugleich verkündigte Appellat dem großh. Fisco, da derselbe seinen Gehalt als Pfarrverweser zu vertreten schuldig sei, den Streit, der sich in solchen aber, weil es eine rein persönliche Sache des Appellaten betreffe, nicht einließ, dagegen trat der Gr...ische Cessionar L. der Appellationseinrede bei, und adhärirte der Berufung durch das rechtliche Gesuch, daß die Zehentpächter für schuldig erkannt werden sollen, ihm unmittelbar die 104 fl. 26 kr. zu bezahlen, was er durch die Behauptung zu rechtfertigen suchte, daß weder sie, noch ein Dritter Namens derselben die noch nicht verfallenen Termine des Pachtschillings an den abgekommenen Pfarrverweser wenigstens nicht zu dem Betrag, den es seinen Nachfolger treffe, bezahlen könnten.

Auf gepflogene mündliche, das bisher Vorgebrachte enthaltende Rechtsausführung erkannte die Appellationsinstanz: daß das erstinstanzliche Urtheil unter Verfällung des Klägers Appellaten in die Kosten dahin abzuändern sei, daß derselbe mit seiner gegen beklagten Appellanten angestellten Klage ab, und mit seinen Ansprüchen an seinen Dienstvorfahrer zu verweisen sei, und zwar in Erwägung: daß Pfarrverweser M. berechtiget war, den Kleinzehnten pro 1831 als dessen Nutznießer nicht nur zu verpachten, sondern auch vermöge der ihm obgelegenen Administration desselben solchen zu erheben, daß bis zu seinem Abzug den 24. Oktober ohnehin die natürlichen Früchte fällig geworden waren, und daher — wenn der Kleinzehent in natura bezogen worden wäre — er solchen ohnehin hätte einziehen müssen, derselbe daher auch den die Sache vertretenden Pachtschilling vorbehaltlich der Abkurung mit seinem Dienstnachfolger einziehen durfte. In Erwägung sofort, daß, wenn M. zur Einhebung der Früchte, oder ihres Surrogats, des Pachtschillings, als Verwalter und Nutznießer des Kleinzehents ermächtiget gewesen, diesem als Folge correspondirt, daß die Pächter an ihn als rechten Empfänger gültig zahlen durften, und in ihrem Namen ein Dritter dieß bewerkstelligen konnte, und diese Pächter oder ihren Zähler das durch die Dienstmutation zwischen beiden Pfarrverwesern entstandene Abkurungsverhältniß nicht berührt, ferner auch die geschehene Zahlung dadurch nicht als ungültig erscheint, daß die andere Hälfte des Pachtschillings nach dem Pachtvertrag erst mit Weihnachten fällig war, und somit lange vor der Verfallzeit abgeführt wurde, indem die Ungültigkeit der Zahlung blos davon abhienge, ob M. als unberechtigter Empfänger überhaupt anzusehen sei, da er dieß aber nicht ist, ein Vorbezug ihn hiezu nicht macht, und die Bestimmung einer andern Zahlungsart als die zuerst bedungene von den vertragsschließenden Personen abhieng, es sich auch nicht behaupten läßt, daß die von den Pächtern an ihren Zähler oder dessen Cessionär noch nicht ersetzten 73 fl. und die von einem der Pächter als Hauszins wettgeschlagenen 45 fl. als noch vorhandener rückständiger Pachtschilling anzusehen kommen, da Gr. an Pfarrverweser M. nicht ex obligatione cessionis, — da eine förmliche Cession zwischen beiden gar nicht Statt fand — sondern im Namen der Pächter, und für solche den Pachtschilling abführte, und letztere hiedurch von dessen Schuldigkeit befreit wurden, und endlich der Pächter W. die 45 fl. als eine völlig liquide Gegenforderung am Pachtschilling, für welchen die Pächter solidarisch zahlbar waren, wettzuschlagen berechtiget war.

Ueber die übrigen Bestimmungen des unterrichterlichen Urtheils war eine Ausdehnung des Appellationsurtheils nicht nothwendig, weil es von den Pächtern nicht bestritten war, an Gr. oder nunmehr dessen Cessionar L. die für sie geleistete Zahlung rückzuvergüten. Merk.

Zur Lehre der gerichtsärztlichen Untersuchung der Verletzungen bei Lebenden, mit besonderer Beziehung auf §. 71 des großh. Bad. Strafedicts.

Der §. 71 des Strafedicts bestimmt den Begriff des Verbrechens der Verwundung. Bisher konnte man sich mit dieser kurzen Bemerkung begnügen, weil jede Mißhandlung oder körperliche Verletzung eine, wenigstens polizeiliche Untersuchung zur Folge hatte. Nach dem Gesetze über Ehrenkränkungen hat sich aber die Bedeutung einer Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten der Verwundung vermehrt, weil es sich nun darum handelt, ob gegen Jemand eine Untersuchung einzuleiten sei oder nicht, somit um Ehre, und oft um persönliche Freiheit eines Menschen.

Dem Gesetze über Ehrenkränkungen zufolge hat das Physicat bei der Untersuchung einer jeden körperlichen Verletzung in seinem Befundsberichte an die richterliche Behörde die Erklärung abzugeben, ob bei der Verletzung ärztliche oder wundärztliche Hülfe nöthig sei oder nicht.

Die Erklärung auf die eine oder die andere Art ist für die Untersuchung von großen Folgen.

Erklärt nämlich das Physicat, daß die Verletzung ärztlicher oder wundärztlicher Hülfe bedarf, so wird dadurch das Verbrechen der Verwundung constatirt, und die Untersuchung wird peinlich behandelt. Wird hingegen von Seiten des Physicats erklärt, daß dabei keine ärztliche oder wundärztliche Hülfe nöthig sei, so wird die Sache blos zur Privatklage wegen Ehrenkränkung verwiesen.

Es ist daher wichtig und nothwendig, daß eine genaue Grenzlinie gezogen werde, bei welchen Verletzungen keine, und bei welchen ärztliche oder wundärztliche Hülfe nöthig sei.

Anerkennend die Wichtigkeit dieser Erklärung, und die daraus für die Untersuchung hervorgehenden Folgen, habe ich mir bei Vornahme gerichtsärztlicher Untersuchungen der Verletzungen bestimmte Normen festgesetzt. Ich ging dabei nicht allein von der allgemeinen Frage aus: ob bei der Verletzung keine oder wundärztliche Hülfe nöthig sei? sondern ich hielt mich streng ans Gesetz, oder besser an die ratio legis.

Das Strafedict sagt nämlich, daß diejenigen persönlichen Beschädigungen, welche so leicht sind, daß sie zu ihrer Heilung der Beihülfe eines Wundarztes nicht bedürfen, zu den polizeilichen Freveln gehören. Dagegen schwere Verletzungen, welche die Besorgung eines Wundarztes erfordern, das Verbrechen der Verwundung ausmachen.

Der Gesetzgeber bedient sich im Strafedict der Ausdrücke leicht und schwer. Nach meiner Ansicht will er, daß die leichten Verletzungen blos polizeilich behandelt werden sollen, und daß nur die schweren Verletzungen das Verbrechen der Verwundung constatiren.

Diese leichten Verletzungen, worauf früher polizeiliche Untersuchung erfolgte, möchten jetzt unter die gerechnet werden, worauf gar keine Untersuchung folgt.

Daß der Gesetzgeber so und nicht anders den Sinn von der Nothwendigkeit der wundärztlichen Hülfe verstanden wissen will, geht schon daraus hervor, weil es ausdrücklich heißt: „Die Materie des Verbrechens der Verwundung besteht darin, daß einem Menschen eine schwere Verletzung zugefügt worden sei, nämlich eine solche, welche die Besorgung eines Wundarztes erfordert," was nichts anders heißen will: als die Verletzung ist so schwer, daß sie nicht durch die Heilkräfte der Natur geheilt werden kann, sondern die förmliche Behandlung oder Besorgung eines Wundarztes erfordert.

Man würde aber zu weit gehen, und offenbar gegen den Sinn des Gesetzgebers handeln, wenn man daraus folgern wollte: Bei einer jeden Verletzung, ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit, sie möge leicht oder schwer seyn, wenn nur einige chirurgische Verrichtungen dabei vorgenommen worden sind, müsse die Erklärung abgegeben werden: es sei wundärztliche Hülfe dabei nöthig. Auf die Beschaffenheit der Verletzung muß zuerst und hauptsächlich gesehen werden. Gehört sie zu den leichten Verletzungen, wie die oberflächlichen, besonders mit einem scharfen Werkzeuge hervorgebrachten Schnitt- und Stichwunden u. a. d., und wurden auch dabei einige chirurgische Verrichtungen, als ein einfacher Verband, Ueberschläge rc. angewendet, so sind solche keineswegs im Sinne des Gesetzes als eine wundärztliche Hülfe oder eine förmliche chirurgische Besorgung, die nur bei schweren Verletzungen, die man sich selbst nicht überlassen darf, eintritt, anzusehen. Es ist vielmehr in diesen Fällen zu erklären, daß bei der vorliegenden leichten Verletzung absolut keine wundärztliche Hülfe nöthig sei.

Es ist nun auszumitteln:

Was versteht man unter leichten, was unter schweren Verletzungen?

Leichte Verletzungen (læsiones leves) heißen nach Bernt (Vergl. dessen Handbuch der gerichtlichen Arzneikunde §. 501) jene, die in der Regel durch die Heilkräfte der Natur gehoben werden, oder nur einer geringen Unterstützung derselben von der Kunsthülfe bedürfen, um ohne alle unangenehmen Folgen, ohne Störung irgend einer Verrichtung, ohne Zurücklassung einer bedeutenden Ungestaltheit, gänzlich geheilt werden, die somit leicht und vollkommen heilbar sind.

Dahin gehören: Blutungen; Geschwulst; Blutunterlaufungen; Hautschärfungen; kleine gequetschte Wunden, wenn sie sich nicht am Kopfe befinden, denn dann müssen sie, bevor die Erklärung wegen der Nothwendig- oder Nichtnothwendigkeit der wundärztlichen Hülfe abgegeben wird, vom Wundarzte eine Zeit lang beobachtet werden, weil auch die unbedeutendste Kopfverletzung nicht als gleichgültig angesehen werden darf; oberflächliche blos durch die Haut, oder zum Theil in die fleischigen Theile dringende Schnittwunden, ohne Substanzverlust; und Stichwunden.

Schwere Verletzungen (læsiones graves) heißen nach Bernt (l. c. §. 504) jene, die entweder unmittelbar, oder durch ihre nothwendigen Folgen, die Störung der Verrichtungen, die Unbrauchbarkeit oder den Verlust eines wichtigen Theiles des Körpers zur Folge haben, oder den Verletzten in Lebensgefahr setzen.

Dahin gehören: Tief eindringende mit Quetschung verbunde Hiebwunden; heftige Quetschungen und Erschütterungen; Hirnerschütterung; Extravaset auf und unter der harten Hirnhaut; Hirnschalbruch; Hirnschaleindruck; Entzündung der harten Hirnhaut und des Rückenmarks u. s. w.; Knochenbrüche überhaupt, besonders complicirte; Gelenkverletzungen u. a. d.; Verletzungen der Sinnorgane, die Schwäche, Unbrauchbarkeit oder den Verlust derselben nach sich ziehen; Schußwunden, besonders die eine Verstümmlung oder den Verlust eines Gliedes zur Folge haben; alle Verletzungen innerer wichtiger Organe, die durch einen Stich, Schuß, Stoß, Tritt u. s. w. verursacht worden sind. (Vergl. Bernt l. c. §. 506.)

Ich übergebe hier meine Ansicht im Allgemeinen der Oeffentlichkeit mit dem Wunsche, daß dieser wichtige Gegenstand weiter besprochen werde.

Dr. Steegmann,
Physicus in Oberkirch.

Anmerkung der Redaktion. Wenn man die Thatsache, daß die Verletzung eine schwere oder eine leichte sei, als das Hauptkriterium dafür: ob die Verletzung als

wundärztlicher Hülfe bedürfend das Verbrechen der Verwundung begründe, erklärt, so übersieht man, daß das Gesetz eben den Umstand, daß eine Wunde der ärztlichen oder wundärztlichen Hülfe bedürfe, als das Merkmal einer schweren Verwundung erkennt, daß also nicht von der Beschaffenheit einer leichten oder schweren Verletzung an sich auf das Bedürfniß ärztlicher oder wundärztlicher Hülfe und auf das damit in Verbindung stehende Daseyn des Thatbestands einer eigentlichen Verwundung geschlossen werden kann, sondern daß umgekehrt die Verletzung ihre juristische Eigenschaft als eine schwere oder leichte gerade erst von dem Erforderniß der Kunsthülfe ableite, eben dieses Erforderniß somit allein als das Kriterium für den objektiven Thatbestand eines Verbrechens der Verwundung gelte.

Uebrigens kann es darauf, ob Kunsthülfe angewendet wurde oder nicht, oder ob mittelst derselben die Heilung befördert werde oder nicht, keineswegs ankommen, — das Gesetz fordert vielmehr, daß Kunsthülfe nöthig gewesen sei, und nur diejenige Verletzung gilt als eine schwere, welche ohne solche Kunsthülfe entweder absolut, oder nach den gegebenen Umständen durch die Natur selbst gar nicht hätte geheilt werden können. D. R.

Versuch einer Beantwortung der in Nr. 8 (Jahrgang 1833) dieser Annalen (am Ende) aufgeworfenen Frage.

Der Natur der Sache und dem Gesetze (Art. 2044 des L. R.) nach, ist ein Vergleich ein Vertrag über ungewisse, unter den Parteien streitige Rechte. Es ist aber in einem Akte, der von den Parteien ein Vergleich genannt wird, nicht immer Alles und Jedes Gegenstand des Vergleichs, sondern Manches wird als gewiß, als unstreitig vorausgesetzt und darauf hin Anderes Ungewisses vergleichsmäßig gewiß gemacht und festgesetzt. Verhält sich dieses Gewisse und Ungewisse nun wie Grund und Folge, so fällt der Vergleich zusammen, wenn über Dasjenige, was als gewiß, als wahr voraus angenommen wird, bei einem Theile ein Irrthum obwaltet, weil dann die hierauf gebaute Folge nicht mehr als willkührlich in Bezug auf die irrende Partei angesehen werden kann. Betrifft aber der Irrthum das Ungewisse selbst, so kann niemals ein Vergleich umgestoßen werden, weil gerade durch den Vergleich Ungewisses fixirt werden soll, wenn nicht Betrug oder Zwang dazwischen getreten ist.

Wendet man diese Grundsätze auf den concreten Fall an, so frägt es sich:

1) Waren die 1600 fl. eigentlicher Vergleichsgegenstand, d. h. fixirten die Contrahenten auch den Vorausempfang des B. durch den Vertrag zu 1600 fl.?
2) Oder nicht, d. h. oder wurden nur die 4000 fl. als Antheil des B. fixirt, so daß nur die Summe von 4000 fl. Gegenstand des Vergleichs war und 1600 fl. nur darum abgezogen werden sollten, weil B. diese voraus empfangen habe, ohne daß man je darüber gestritten hatte, „was und wie viel zum Vorausempfange gerechnet werden sollte?“

Ist dieses Letzte der Fall, so muß B. gewiß die 200 fl. sich abziehen lassen, er mag sie voraus empfangen oder gestohlen haben. Denn die Parteien verglichen sich nur dahin, daß der Vorausempfang des B. an der vergleichsmäßigen Summe von 4000 fl. überhaupt abgezogen werden sollte. So weit besteht der Vergleich für immer.

Wurden nun 1600 fl. abgezogen, weil den Parteien, resp. dem A. nur diese Summe bekannt war, so ist B. verbunden, alles Dasjenige sich aufrechnen zu lassen, was später noch als Vorausempfang entdeckt wird. In der Regel steht nun dem Empfangen das Geben gegenüber, d. h. Eines ist durch das Andere bedingt, und in so fern wäre das Stehlen kein eigentliches Empfangen. — Allein die Absicht der Parteien bei derartigen Verträgen geht in der Regel dahin, daß Alles und Jedes, was — ohne Rücksicht auf den titulus — der Eine oder Andere mehr erhalten hat, als der Andere, conferirt werden solle. Wird daher nicht das Gegentheil festgesetzt, so wird alles conferirt, was nicht vom Gesetze ausgenommen ist. Das Gestohlene muß aber conferirt werden, weil der Dieb dem Erblasser die gestohlene Summe rückzugeben schuldig ist. Art. 829 des L. R.

Ist das Erste der Fall, so ist B. nichts weiter zu conferiren, resp. sich abziehen zu lassen schuldig. Denn so wie nach der gewöhnlichen Absicht der Contrahenten Alles conferirt werden muß, was ohne Rücksicht auf den titulus der Eine vor dem Anderen voraus hat (sobald keine gesetzliche Collations-Unverbindlichkeit Statt findet), eben so wird alles Weitere von der Collation ausgeschlossen, sobald der Vorausempfang resp. die Collationssumme vergleichsmäßig festgesetzt ist.

Nur positiver Betrug, d. h. entweder positive Handlungen oder das Stillschweigen, während der Andere in offenbarem, in ausgesprochenem Irrthume ist, kann releviren. Ein bloßes Stillschweigen ist ohne rechtliche Wirkung, weil ja überhaupt kein Recht streitig wäre, wenn beide Parteien die Wahrheit immer sagen könnten und wollten, der Vergleich aber gerade den Knoten zerschlagen soll.

Im ersten Falle möchte daher A. nicht, im zweiten Falle aber wohl berechtigt seyn, die fraglichen 200 fl. dem B. abzuziehen. Gernandt.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 3. | Karlsruhe den 18. Januar 1834.

Etwas über Pfleger und Vormundschaftsbeiſtände.

(Eine Kritik eines oberhofgerichtlichen Urtheils.)

Obſchon ich das oberhofgerichtliche Urtheil J. S. Konvert gegen Dürr ſchon längſt kannte, und von Anfang an darüber erſtaunte, ſo wollte ich doch dagegen die Feder nicht ergreifen, allein jetzt, wo es mit ſeinen Entſcheidungsgründen in der neuen Folge der oberhofgerichtlichen Jahrbücher erſcheint, III. Heft S. 191, halte ich es für Pflicht, dieſes Urtheil in ſeiner wohl nicht richtigen Begründung darzuſtellen, damit nicht durch Aufrechthaltung und Verbreitung der ihm zu Grunde liegenden Begriffe die Rechtsſicherheit der Minderjährigen erſchüttert, und damit eine der heiligſten Pflichten der Geſetzgebung verletzt werde.

Indem ich nun das Factiſche des Rechtsſtreits aus den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern als bekannt vorausſetze, werde ich annehmen dürfen, daß jedes Urtheil aus ſeinen Entſcheidungsgründen gerechtfertiget werden muß, und als erſten ſolchen ſagt nun das Oberhofgericht: wenn ſchon Dürr als Pfleger des Klägers verpflichtet iſt, ſo kann er doch nur als Vormundſchaftsbeiſtand angeſehen werden, weil die Mutter des Klägers geſetzliche Vormünderin iſt, und dieſe ihr geſetzlich zuſtehende Vormundſchaft nicht ausdrücklich abgelehnt hat. Das Oberhofgericht ſtellt damit den Satz auf, daß die Mutter nur ausdrücklich, d. h. expressis verbis, die Vormundſchaft ablehnen könne, und daß alſo bei Mangel dieſer ausdrücklichen Ablehnung die Mutter Vormünderin bleibe, mag da geſchehen, was will.

Allein es iſt ein bekannter Rechtsgrundſatz, daß man Willenserklärungen jeder Art eben ſo gut durch Handlungen als wie durch Worte ertheilen kann — nutus est significatio voluntatis — und unſer Geſetz fügt dieſem Grundſatz im S. 1108 a. nur die Beſchränkung bei, wo nicht das Geſetz eine wörtliche Erklärung fordert. Nun verlangt aber unſer L. R. S. 394 keine ausdrückliche, d. h. *expressis verbis*, gegebene Ablehnung der Vormundſchaft, und die Unterſtellung einer ausdrücklichen Ablehnung iſt alſo im vorliegenden Fall im Geſetze nicht gegründet. Ja, da im S. 395 gerade ein Fall vorkommt, wo die Mutter die ſchon überkommene Vormundſchaft durch eine Handlung verliert, alſo ohne ausdrückliche Erklärung, ſo wird man wohl annehmen dürfen, daß ſie ſich der Uebernahme der Vormundſchaft ebenfalls ohne ausdrückliche Erklärung entbinden darf, wie es auch der Fall iſt. Allerdings iſt die Vormundſchaft der Mutter eine geſetzliche, allein da der S. 394 als erſten Begriff derſelben den aufſtellt, daß ſie dieſe Vormundſchaft nicht anzunehmen ſchuldig iſt, ſo iſt ſie meræ facultatis, da nun aber die Mutter gegen den von der Obrigkeit beſtellten Vormund in der Hinſicht beſſer daran iſt, daß ſie zur Nichtannahme gar keine Gründe, alſo keine wörtliche Erklärung, anzuführen braucht — Locre esprit du Code Napoléon VI S. 107. Delvincourt I. S. 107. Brauer I. S. 288 — und ihr keine andere Pflicht auferlegt wird, als bis zur Ernennung eines Vormunds deſſen Geſchäfte zu führen, ſo iſt der Grundſatz vielmehr dahin aufzuſtellen: um die Mutter als geſetzliche Vormünderin betrachten zu können, muß man ihr eine factiſche oder eine ausdrückliche Annahme der Vormundſchaft nachweiſen, kann man dieſes nicht, und iſt dagegen den Kindern ein anderer Vormund gehörig beſtellt worden, welcher die Vormundſchaft angenommen und geführt hat, ſo geht daraus die Ablehnung der Mutter hervor. Die Richtigkeit dieſes Grundſatzes beweist ſich ſchon daraus, daß nach unſerm Geſetz mit Ausnahme des S. 395 Niemand zwei ordentliche amtsführende Vormünder haben kann, — Brauer I. S. 283 — was doch der Fall wäre, wenn man eine Mutter fortwährend als geſetzliche Vormünderin betrachten wollte, und wenn die Obrigkeit ihren Kindern noch einen Vormund beſtellt hat, welcher die Vormundſchaft führte. Da, wo zwei Perſonen alternativ eine Verbindlichkeit übernehmen, und ein Amt führen können, wird man doch wahrlich Jenen für verbindlich zum Amt erachten, welcher ordnungsmäßig für ſeine Perſon aufgeſtellt iſt, und ſodann das Amt geführt hat. Ueberdieß hat der S. 394 durch unſere Particulargeſetzgebung hinſichtlich der cura sexus eine namhafte Aenderung erlitten, indem der §. 17 des II. Einführungsedicts vor-

schreibt, daß zur Uebernahme der gesetzlichen Vormundschaft der Mutter ein besonderer Vormundschaftsbeistand und zwar arg. S. 391, 422 alsbald beigegeben werden muß, der Mangel dieses Vormundschaftsbeistands, als Verletzung eines gesetzlichen Muß, eines nothwendigen Gebots, ist also ein Grund der Ungültigkeit der Uebernahme der Vormundschaft, und da nun die Annahme der Vormundschaft in der freien Wahl der Mutter liegt, so ist doch der Mangel der Aufstellung eines Vormundschaftsbeistands gewiß alsdann eine Ablehnung der Vormundschaft, wenn die Mutter nie eine Handlung der Verwaltung gethan hat, und dagegen von der Obrigkeit ein Pfleger ordnungsmäßig bestellt wurde, der von Anfang an bis zur Volljährigkeit der Mündel alle Verwaltungshandlungen der Vormundschaft vornahm. Wer für sich allein ein Rechtsgeschäft nicht übernehmen kann, sondern dazu noch einer besondern gesetzlichen Form und Bedingung bedarf, der braucht nirgends eine Ablehnung dieses Rechtsgeschäfts mit ausdrücklichen Worten, wenn solche nicht vom Gesetz verlangt ist, sondern die Nichtexistenz dieser Formen und Bedingungen ist der offenkundige Beweis und Grund des Nichteintritts des dadurch bedingten Geschäfts oder Amts, und ein ausdrücklicher Verzicht ist um so überflüssiger, als es sich hier nicht von einem Verzicht auf eine Wohlthat, auf ein Recht, sondern von der Ablehnung einer Last handelt. Man stoße sich nicht daran, daß der S. 394 von der durch die Mutter bewirkten Ernennung eines Vormunds spricht, es ist dieses die Uebersetzung des französischen Texts, allein der §. 15 des II. Einführungsedicts hat dieß dahin abgeändert, daß er die Erwirkung eines Vormunds ganz allgemein den Verwandten, Ortsvorstehern rc. zur Pflicht gemacht hat, wenn nun, wie hier es der Fall ist, irgend eine der im §. 15 genannten Personen die Ernennung eines Vormunds erwirkt hat, so kommt dieß der Mutter eben so zu gut, als wie wenn sie selbst dabei gehandelt hätte, es kann ja jede dieser gleich verpflichteten Personen einen Vormund ernennen lassen, und wenn er ernannt ist, so ist die Pflicht aller erfüllt.

Das Oberhofgericht sucht sich nun damit zu helfen, daß es sagt: weil die Mutter nur ausdrücklich die Vormundschaft ablehnen konnte, so müsse die Verpflichtung des Pflegers Dürr nur als die eines Vormundschaftsbeistands betrachtet werden. Allein ein größerer hiatus in einem Schluß ist mir noch nie vorgekommen. Es handelt sich hier um die Frage, ob Dürr oder die Mutter des Klägers sein Vormund war; angenommen nun auch, es wäre die ausdrückliche Ablehnung der Mutter erforderlich, so wird Niemand bestreiten, daß die Mutter ablehnen, und Dürr wirklicher Pfleger werden konnte. Wurde nun der als Pfleger aufgestellte und verpflichtete Dürr von seinem Mündel in dieser Eigenschaft belangt, und schützte er dagegen vor, daß nicht er, sondern die Mutter wegen nicht geschehener ausdrücklicher Ablehnung Vormund sei, so behauptete er damit die Nichtigkeit seiner Aufstellung als Pfleger, und diese mußte er beweisen; er mußte nach S. 6 k. darthun, daß das Gesetz auf die Nichtbeobachtung einer Form, oder einer Handlung ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt, oder das Verfahren für eine nothwendige Förmlichkeit erklärt hat. Hier liegt aber die Nichtbeobachtung einer Form in der nicht ausdrücklich geschehenen Ablehnung der Vormundschaft von der Mutter, allein ich fordere nunmehr Jeden auf, mir, nachdem nicht einmal die ausdrückliche Ablehnung der Mutter vorgeschrieben ist, jenes Gesetz, jene Verordnung, ja nur jene Meinung eines Rechtslehrers aufzuweisen, wornach die in sich ganz ordnungsgemäß geschehene Aufstellung eines Pflegers dann durchaus nichtig ist, wenn nicht vorher die Mutter die Vormundschaft ausdrücklich abgelehnt hat, wornach sie sogar gegen die unter dem besondern Schutz des Staats stehenden Minderjährigen nichtig ist, welche doch wahrlich an dem Versehen, wäre es eines, an der nicht geschehenen ausdrücklichen Ablehnung der Mutter, unschuldig sind. Niemand kann ein solches Gesetz aufweisen. Der Satz gienge dahin: wenn Jemand als Pfleger bestellt ist, die Pflegschaft übernommen, und jahrelang, hier von 1817—1830, geführt hat, und er wird nun nach Beendigung seiner Pflegschaft daraus belangt, so kann er sich rückwirkend der ganzen Pflegschaft entladen, wenn er nachweist, daß noch ein Anderer vor ihm hätte Pfleger werden können und werden sollen. Wo hat jemals ein Rechtsgelehrter diesen Satz ausgesprochen, wie ist er mit dem Schutz des Staats gegen Minderjährige zu vereinigen, wie mit dem Satz 430, wo vorgeschrieben ist, daß ein sonst *proprio jure* und nicht ex facto omisso tertii von der Vormundschaft befreiter Staatsbürger sich der Vormundschaft nicht mehr entledigen kann, wenn er sie einmal übernommen hat, wie ist er mit dem S. 410 zu vereinigen, wo der seine Vormundschaft bestreitende Pfleger fürsorglich die Vormundschaft führen muß, und also dafür als negotiorum gestor verantwortlich ist. Wie mag man diesen Satz noch insbesondere da aufstellen, wo die Pflicht der Mutter, Vormünderin zu werden, nicht wie bei dem Vater necessitas, sondern nur facultas electionis ist, und wo nicht dem belangten Pfleger Dürr, sondern der Mutter eine gesetzliche nothwendige Form ihrer Eigenschaft als Vormünderin, die Bestellung eines Vormundschaftsbeistands ermangelt?

Freilich spricht das Oberhofgericht so geradezu aus: der als Pfleger verpflichtete Dürr kann nur als Vormundschaftsbeistand betrachtet werden, allein da ist denn doch zu untersuchen, ob denn in beiden Rechtsbegriffen wirklich eine solche Rechtsähnlichkeit liegt, daß man sie beliebig einen in den anderen verwandeln kann. Was nun der Pfleger

eines Minderjährigen ist, weiß Jedermann, er ist der alter ego des Minderjährigen, der für ihn proprio jure et nomine austritt, und ihm aber auch dafür verantwortlich ist. Der Vormundschaftsbeistand dagegen ist nach S. 391 und insbesondere nach Brauer zu diesem Satz nichts anders, als der Geschlechtsbeistand der Mutter hinsichtlich ihrer besondern Handlungen als Vormünderin, er ist nicht Vormund, nicht Mitvormund, er ist proprio jure et nomine nichts, sondern nur der Rathgeber der Mutter, und daher dem Minderjährigen nicht, sondern nur der Mutter für schlechte Rathschläge nach Satz 1381 a. c. verantwortlich. Er wird nicht dem Minderjährigen, sondern der Mutter bestellt, und es ist sonach zwischen beiden ein Unterschied, wie zwischen Tag und Nacht. Die Meinung, Dürr habe bei der Erbtheilung im Jahr 1817 nur das Interesse des Klägers gegen seine Mutter zu vertreten gehabt, und seie als eine Art tutor pro hoc zu betrachten, widerspricht der ganz allgemeinen Verpflichtung des Dürr als Pfleger, und solche kann vom Richter nicht willkührlich in eine specielle Verpflichtung für einen einzelnen Fall verwandelt werden. Aber auch angenommen, so wird nach dem §. 17 des zweiten Einführungsedicts der Vormundschaftsbeistand nur in diesem besondern Fall durch das Gesetz ein tutor pro hoc, und im übrigen behält er seine eigentliche Rechtseigenschaft als Vormundschaftsbeistand, nun ist aber Dürr nicht als Vormundschaftsbeistand, sondern als Pfleger aufgestellt und verpflichtet worden, bei der Verpflichtung als Pfleger mittelst feierlichen Handgelübdes weiß Jedermann, daß dabei die Pflichten eines Vormunds auseinandergesetzt, und der Inhalt der Verpflichtungsformel ein ganz anderer ist, als der eines Vormundschaftsbeistands. Die Verpflichtung des Dürr als Pfleger war aber durch den amtlichen Verpflichtungsschein, also durch gehörige öffentliche Urkunde erwiesen, und es konnte nun dem Richter gar nicht zustehen, die ihm zur Beurtheilung vorgelegten thatsächlichen Verhältnisse zu verändern, die feierliche Vergelübdung des Dürr als Pfleger zu vernichten, und derselben die Aufstellung und feierliche Vergelübdung als Vormundschaftsbeistand, als eine ganz andere rechtliche Person, zu unterstellen, welche gar nicht geschah, sondern wovon das Gegentheil erwiesen in den Acten lag. Wie wäre denn der Fall anzusehen gewesen, wenn der Pfleger Dürr einen strafbaren Receß gesetzt hätte? Folgerichtig wäre er als Pfleger von der Strafe freigesprochen und die Mutter zur Strafe verurtheilt worden, denn, so gut ihr das Versehen des Dürr in die Schuhe geschoben wird, eben so gut kann man ihr auch den Receß in die Schuhe schieben, jedenfalls wäre sie für die bürgerlichen Folgen verantwortlich. Gerade weil aber die Rechtsbegriffe eines Pflegers und eines Vormundschaftsbeistands so in toto coelo verschieden sind, kann man nun nicht die Verpflichtung des Dürr als Pfleger zwar mangelhaft finden, aber dennoch nach Satz 6 k. solche als die eines Vormundschaftsbeistands aufrecht erhalten. Eine solche Aufrechthaltung tritt bei theilbaren Geschäften ein, welche immer wenigstens dasselbe genus beibehalten, wie z. B. bei Testamenten dieß häufig vorkommt. Hier ist aber die Aufstellung als Pfleger ein ganz für sich bestehendes Amt, ein persönliches, wie Satz 419 sagt, das Amt eines Vormundschaftsbeistandes ist davon ganz verschieden; wenn Dürr nicht als Pfleger betrachtet wird, so bleibt von dieser Eigenschaft nichts übrig, sie ist ganz vernichtet. Der Vormundschaftsbeistand ist nicht für einen dritten Staatsbürger, für einen Mann, pars tutoris, sondern er ist eine ganz andere Person, so daß also bei Vernichtung der Eigenschaft als Pfleger nunmehr der Vormundschaftsbeistand nicht übrig bleibt.

Wenn man die factischen Momente der Sache in ihrer actenmäßigen Zusammenstellung in das Auge faßt, so ist gewiß Jedem das ergangene Urtheil unbegreiflich. Der Vater des Klägers stirbt im Jahr 1817, unmittelbar darauf wird die Erbtheilung vorgenommen, wobei die Mutter mit ihrem schon seit vier Jahren verpflichteten Geschlechtsbeistand auftritt. Dabei erscheint Dürr als Pfleger, legt den amtlichen Verpflichtungsschein vor, und nimmt als Pfleger die Erbschaft für die Minderjährigen an. Im Jahre 1819 stirbt eine Schwester des Klägers, wobei denn in der Erbtheilung — also in einem andern Act als die Erbtheilung im Jahr 1817 war — Dürr abermals als Pfleger des Klägers erscheint, und die Erbschaft annimmt. Im Jahr 1823 geräth der Bruder des Klägers, welchem Dürr das Gleichstellungsgeld ohne Versicherung gelassen hatte, in Gant, nun nimmt Dürr als Pfleger, aber zu spät, Eintrag auf dessen Güter. In der Gant liquidirt Dürr als Pfleger des Klägers, und erhält seine Verweisung, er führt nunmehr als Pfleger des Klägers einen Rechtsstreit mit der Ehefrau des Verganteten, schließt Vergleiche als Pfleger, wird dazu auf sein Verlangen als Pfleger vom Amt ermächtigt. Im Jahre 1830 stellt er als Pfleger des Klägers Vollmachten aus, und was am Ende allem die Krone aufsetzt, er stellt im Jahre 1831 seine Pflegrechnung vom April 1817 bis 1831, sie ist benannt: „erste Anstands- zum Theil auch Schlußpflegrechnung über das Vermögen des K. Konvert, gestellt vom Pfleger J. Dürr," — sie ist von Dürr unterschrieben anerkannt, und alles dieses actenmäßige Verhältniß wird nun vom Richter mit dem durchgestrichen: Dürr kann nur als Vormundschaftsbeistand betrachtet werden.

Und angenommen, es seie zweifelhaft gewesen, ob Dürr Vormundschaftsbeistand oder Pfleger seie, hat er denn nicht selbst, wahrlich zum Ueberfluß, diesen Zweifel dahin ausgelegt, daß er sich als Pfleger betrachtete, konnte er die Handlungen als Vormundschaftsbeistand vornehmen? Nein, denn solcher handelt nicht in eigenem Namen. Hat er

nicht in der vom April 1817 — 1831 laufenden Pflegrechnung gerade seine Eigenschaft als Pfleger anerkannt? Seit wann stellt denn ein Vormundschaftsbeistand *auf eigenen Namen eine Pflegrechnung*? Und nicht nur angenommen, sondern geradezu als die größte Rechtswahrheit zugegeben, Dürr habe seine Aufstellung als Pfleger als nichtig anfechten können, stellen denn nicht die Sätze 1338—40 die allgemeine Rechtsregel auf, daß die freiwillige Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit, wenn sie auch ganz nichtig gewesen ist, *einen gesetzlichen Verzicht auf alle Nichtigkeitseinreden erwirkt*. Und hat denn nicht Dürr zehn- und hundertfach als Pfleger in eigenem Namen gewirkt, damit die bewiesene Aufstellung als Pfleger freiwillig erfüllt, und sogar bis an das Ende, durch Stellung der *Pflegrechnung*, vollzogen? Hat er nicht gerade jene Handlung, welche die Klage begründete, nämlich den Eintrag des Gleichstellungsgelds, aber zu spät, vorgenommen, und damit nicht jedenfalls seine Pflicht anerkannt? Man sage nicht, es werde dieses dem Oberhofgericht nicht vorgetragen worden seyn. Wenn auch. *Jedenfalls lagen die Thatsachen der Erfüllung des Amts eines Pflegers zur Ueberzahl actenmäßig vor*, und den *gesetzlichen Schluß* daraus zu ziehen, war das Oberhofgericht wohl eher berechtigt, als das *thatsächliche Verhältniß des Dürr als Pfleger* in das nirgends in den Acten erscheinende *thatsächliche Verhältniß eines Vormundschaftsbeistands* zu verwandeln. Ueberdieß verdiente Dürr wahrlich keine Rücksicht, denn am Ende des Theilzettels vom Jahr 1817 war ausdrücklich die Baarzahlung des Gleichstellungsgelds aufgenommen, und leichtfertig war es, daß er darauf nicht achtete, und nicht einmal Unterpfand nahm. Ja sogar in der Erbschaft der im Jahr 1819 gestorbenen Schwester der Mündel befand sich gerade ein solches Gleichstellungsgeld, wie Kläger es jetzt verfolgt. Da nun in den damaligen Theilzetteln ausdrücklich steht: bei Friedrich Konvert *ohne Versicherung* 614 fl., so kann man es doch gewiß eine ungeheure Leichtfertigkeit nennen, daß Dürr nicht damals, wo es noch Zeit war, nach Satz 2113, Unterpfand nahm. Er sagt freilich, es seien ihm die Theilzettel nicht zugestellt worden, aber beweist dieß nicht gerade seine größte Fahrläßigkeit, daß er sich gar nichts um seine Mündel bekümmerte, und will man denn durch eine eingestandene große Fahrläßigkeit die Verantwortlichkeit für die kleinere in der Art zudecken, daß man für keine haftet. Was von Dürr weiters da angeführt wird, er seie kein verwaltender Vormund gewesen, ist in so fern richtig, daß er sich allerdings wenig um seine Mündel bekümmerte, und ihr Vermögen vernachläßigte, daß ist gerade ihre Klage, allein auch ganz abgesehen davon, daß unser Gesetz nach Satz 450 sq. keinen nicht verwaltenden Pfleger neben einem verwaltenden Pfleger außer des hier nicht Statt findenden Falls im L. R. S. 417 kennt, so hat denn doch Dürr jedenfalls Handlungen der Verwaltung vorgenommen, er hat durch Stellung der Pflegrechnung, d. h. der *Rechnung über die Verwaltung des Vermögens* des Klägers vom Jahr 1817 bis 1831 seine Eigenschaft als verwaltender Pfleger anerkannt, und hat seine Pflicht zur Verwaltung noch insbesondere für die Ursache des Rechtsstreits damit bestätigt und genehmigt, daß er als Pfleger des Klägers auf die Güter des Schuldners desselben Pfandeintrag, aber erst alsdann nahm, wo es zu spät war. Daß die Mutter Nutznießerin des Vermögens der Mündel des Dürr war, macht nichts aus, er verwaltete eben ein in der Nutznießung eines Dritten stehendes Vermögen, was man um so mehr thun kann, als ja der Satz 394 an die Ablehnung der Vormundschaft von Seiten der Mutter nicht den Verlust ihrer Nutznießung bindet, und also das Gesetz gerade einen Vormund über ein in der Nutznießung der Mutter stehendes Vermögen kennt. Was endlich Dürr von dem Gerede des Theilungscommissärs vorbringt, verdient gar keine Beachtung, denn der Theilungscommissär war jedenfalls nicht die competente Behörde, welche den Dürr als Vormund aufstellte, verpflichtete und einsetzte, hat ihn der Theilungscommissär irre geführt, so mag er sich an ihn halten, die Mündel sind daran unschuldig, und gegen sie wird Dürr dadurch nicht befreit.

Wenn nun das Oberhofgericht im zweiten Entscheidungsgrund den Kläger an seine Mutter weist, so ist vorerst zu bemerken, daß die Mutter todt ist, und nichts besaß, allein wenn auch die Verweisung der Kinder zur Klage gegen ihre leibliche Mutter einen Erfolg hinsichtlich des Vermögens hätte, so muß man doch untersuchen, ob diese Verweisung in Rechten gegründet ist? Das Versehen, und es ist in dieser Sache allerdings irgendwo ein großes unterlaufen, welches hier ohne weiters der Mutter aufgeladen wird, setzt vor Allem voraus, daß hier die Mutter als Vormünderin betrachtet wird. Wer will aber hier die Mutter als Vormünderin betrachten, wo ihr eine Annahme der Vormundschaft nicht nachgewiesen werden kann, wo ihr kein Vormundschaftsbeistand aufgestellt war, wo sie nirgends auch nur entfernt einen Act der Vormundschaft unternahm, wer will ihr ein Versehen der Vormundschaft aufladen, wo ein Anderer, Dürr, als Pfleger aufgestellt und verpflichtet war, wo er die Verwaltung führte, und *gerade die Handlung als Pfleger unternahm, welche das Versehen bildet, nämlich die verspätete Unterpfandserwerbung*? Niemand wird die Mutter hier als Vormünderin betrachten, und das Oberhofgericht konnte gar nicht, ohne daß die Mutter dem Rechtsstreit anwohnte, und darin belangt war, aussprechen, daß sie Vormünderin seie. Das Ergebniß des oberhofgerichtlichen Urtheils ist also das, daß hier Minderjährige vor-

handen sind, welche für die ganze Zeit ihrer Minderjährigkeit keinen Vormund besaßen, obschon ihnen einer ordnungsmäßig aufgestellt war, und derselbe die Verwaltung geführt, auch die Pflegrechnung gestellt, und am Ende auch dafür Gebühren bezogen hat. Dürr war doch gewiß als negotiorum tutelæ gestor dem Kläger verantwortlich, und wenn denn Dürr wirklich die Geschäfte der Mutter besorgte, so war es viel sachgemäßer, ihn an die Mutter zu weisen, anstatt die jedenfalls an allen hier vorgekommenen Versehen unschuldigen Minderjährigen. Das Oberhofgericht spricht von nachherigen Handlungen nach dem Jahr 1817 und davon, daß Dürr sich von 1819 an als Pfleger gerirt habe. Allein noch im Jahre 1819 konnte der Eintrag mit Erfolg geschehen, Dürr hat sich schon im Jahre 1817 als Pfleger gerirt, und er hat durch seine Pflegrechnung vom Jahre 1817 an den ganzen Zeitraum der Minderjährigkeit als einen betrachtet, und sich dafür als Pfleger nicht gerirt, sondern anerkannt. Diese Pflegrechnung war actenmäßig, sie durfte nicht übersehen werden, und man konnte keine Unterstellungen machen, welche nicht in den Acten lagen.

Unter diesen Voraussetzungen ist wohl dargethan, daß das oberhofgerichtliche Urtheil nicht in Rechten gegründet, und bei Aufrechthaltung und Verbreitung der ihm zu Grunde liegenden Ansichten allerdings eine Rechtsunsicherheit für die Minderjährigen zu befürchten ist, indem gewiß täglich noch den Minderjährigen weniger günstige Fälle vorkommen, als wie der hier erwogene, allein auch für wirkliche Vormundschaftsbeistände erscheint die von der Minorität des Oberhofgerichts aufgestellte Ansicht, daß hier Dürr als Vormundschaftsbeistand verbunden gewesen wäre, den Eintrag der Gleichstellungsgelder zu bewirken, gefährlich, und nicht in Rechten begründet. Will man nämlich auch den Dürr hinsichtlich der Erbtheilung vom Jahre 1817 als tutor ad hoc, oder als Gegenvormund betrachten, so ist seine Amtspflicht nach Satz 419 und §. 17 des zweiten Einführungsedict nur die: für den Vortheil des Minderjährigen zu sorgen, wo dieser gegen jenen des Vormunds anstößt, und Dürr mußte also sorgen, daß dem Minderjährigen in der Erbtheilung des Vaters gegen die Mutter der gehörige Theil zugeschieden, und die darauf zu Gunsten der Mutter ruhenden Lasten nicht vergrößert und erschwert werden. Hier aber handelt es sich darum, daß die Schuld eines Dritten, nicht der Mutter, an den Mündel gehörig gesichert, und also sein Vermögen gegen Andere rechtsbeständig gewahrt werde. Diese Sicherung war keine Handlung, worin der Vortheil der Mutter als Vormünderin gegen ihren bevormundeten Sohn im Widerstreit lag, sie war ja nicht gegen die Mutter, sondern gegen einen Dritten vorzunehmen, und es hat sich also darauf die Amtspflicht des Vormundschaftsbeistands nicht erstreckt. Alsdann hat er auch in Unterlassung dieser Sicherung seine Amtspflicht nicht verletzt, und ist also dafür nicht verantwortlich.

Zum Schluß noch eine Frage. Es scheint, daß bei dem Oberhofgericht auf die Pflegrechnung vom Jahr 1817 bis 1831 gar keine Rücksicht genommen wurde. Kann darauf eine Wiederstellungsklage gebaut werden? Es scheint nicht. Allein alsdann ist es ein großer Mangel, daß unsere Proceßordnung nicht das Rechtsmittel des franz. Code de proc. la requete civile aufgenommen hat, wodurch man ein in letzter Instanz ergangenes Urtheil bei dem urtheilenden Gericht selbst anfechten kann — comme etant en general le fruit de l'erreur.

Hofgericht Mersburg.

Criminalfall. Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft.

Am 20. Oct. 1832 brachte die ledige M. D. zu G. vor Ablauf des sechsten Monats ihrer Schwangerschaft, von der sie Niemanden, selbst nicht ihren Eltern die Anzeige gemacht hatte, ein todtes Kind zur Welt. Erst bei ihrer Entbindung, wo ihre Mutter zugegen war, theilte sie sich der Letztern mit.

Mit ihrem Einverständnisse warf die Mutter das Kind, da es todt geboren wurde, in den Abtritt, damit nun von der ganzen Sache nichts laut werden möge.

Später kam die Sache dennoch zur Kenntniß der Behörden. Die M. D. wurde auf Anordnung des Physicats durch die Hebamme untersucht, wobei sie läugnete, daß sie schwanger gewesen und entbunden worden sei.

Der Thatbestand wurde aber dennoch hergestellt und die M. D. gestand den Hergang, wie er hier erzählt ist.

Sie wurde wegen Kindesabtreibung in Untersuchung gezogen, es wurde aber gegen sie kein Beweis hergestellt, und nur hinsichtlich des Vergehens der verheimlichten Schwangerschaft und Entbindung ergaben sich, als die Sache beim Hofgericht zur Aburtheilung kam, erhebliche Bedenken.

Der Referent bemerkte hierüber:

„Das Strafedict verfügt in diesem Betreffe im §. 62 lit. c. und d.:

c. „„„Wäre aber in diesem Fall (nämlich im Fall einer aus der Unzucht entstandenen Schwangerschaft) aus irgend einem Anlaß eine obrigkeitliche Befragung der Dirne über ihre Schwangerschaft hinzugekommen, und sie hätte diese abgeläugnet, ohne eine Unwissenheit hinlänglich zu rechtfertigen; so wird sie neben der ganzen (Unzuchts-) Strafe noch zu einer breitägigen Gefängnißstrafe verurtheilt.""""

d. „„„Käme aber zu der verschwiegenen Schwangerschaft noch eine heimliche Niederkunft hinzu, so muß eine, je nach-

dem das Kind Schaden genommen hat, oder nicht, kürzere oder längere, geringsten Falls dreimonatliche Zuchthausstrafe erkannt werden.""

„Hiedurch ist also, was nach gemeinem Recht der Fall nicht war, bei uns die Verheimlichung der Schwangerschaft und verheimlichte hülflose Niederkunft an sich schon für ein Verbrechen erklärt, ohne daß jedoch ein Zeitpunkt bestimmt wäre, von welchem an eine ledige Weibsperson ihre Schwangerschaft zu entdecken schuldig seyn soll."

„Der Grund dieses Gesetzes ist unverkennbar — Fürsorge für das Leben und die Gesundheit der Embryonen, Verhütung der Kindermorde."

„Aus diesem Grunde des Gesetzes läßt sich meines Erachtens der Zeitpunkt ermessen, von wo an die Verpflichtung zur Anzeige der Schwangerschaft eintritt. Es kann kein anderer und kein früherer seyn, als derjenige, von wo an sich erst die Möglichkeit eines Kindesmordes denken läßt, den der Gesetzgeber verhüten will, d. i. der 180ste Tag nach der Empfängniß, welchen die Civilgesetzgebung (L. R. S. 312 und 314) in favorem partus et matrimonii als den frühesten der Lebensfähigkeit eines Kindes, d. h. der Fähigkeit, außer dem Mutterleibe fortzuleben, angenommen hat, und von wo an es der Gesetzgeber erst für möglich hält, daß durch Mord dem Staate ein künftiger Bürger entzogen werden könnte."

„Bei unserer Inculpatin war dieser, aus dem Geiste des Gesetzes sich ergebende Anzeigetermin noch nicht eingetreten, sie war nach ihrer eigenen Rechnung nur 175, nach dem Gutachten des Physicus nur 168 und nach jenem des Medicinalreferenten höchstens 154 Tage schwanger."

„Ueberdieß erklärt das letzterwähnte Gutachten die Behauptung der Inculpatin, daß sie von ihrer Schwangerschaft selbst noch nicht überzeugt gewesen, für nicht unwahrscheinlich, und die Verpflichtung zur Anzeige eines Zustandes ist meines Dünkens natürlich und nothwendig bedingt durch die eigene Kenntniß des anzuzeigenden Zustandes."

„Wollte man aber auch annehmen, die Inculpatin habe ihre Schwangerschaft hinlänglich gekannt, und hätte diese schon vor dem 20. Oct. 1832 in Gemäßheit der Verordnung vom 16. Febr. 1813 (Regbl. Nr. 6) dem Pfarrer, Ortsvorgesetzten, oder wenigstens ihrer Mutter anzeigen sollen; so wird man doch immer zugestehen müssen, daß die Inculpatin nach der Dauer ihrer Schwangerschaft am 20. Oct. 1832 ihre Entbindung weder habe vorsehen noch erwarten können, somit keine Veranlassung gehabt habe, Aerzte und Hebammen zum Beistande bei der Geburt herbei zu rufen; man wird ferner zugeben müssen, daß die Niederkunft in Gegenwart der Mutter der Inculpatin, und in dem gewöhnlichen Schlafzimmer der Letztern, wohin ihre Dienstherrschaft und Nebendienstboten jeden Augenblick kommen konnten, und kurz vor dem Momente der Entbindung kamen, und nur zufällig nicht gerade im entscheidenden Augenblicke auch anwesend waren, keine heimliche hülflose Niederkunft im Sinne des Gesetzes sei."

„Die Beseitigung des todten Fötus ist weder an und für sich ein Verbrechen, noch gehört sie zum Thatbestand des Verbrechens der heimlichen Niederkunft, sie kann nur als ein Mittel, das ihr vorausgegangene und vollendete Verbrechen einer heimlichen Niederkunft zu verbergen, durch Vertilgung seiner Spuren die Entdeckung zu erschweren oder unmöglich zu machen, in Beurtheilung kommen, und ist als solches Mittel durch kein Gesetz verpönt."

„Hier aber, wo die Niederkunft keine heimliche war, war jene Beseitigung das Mittel, die Inculpatin gegen den Vorwurf der Unzucht und der daraus gefolgten Schwangerschaft zu schützen, und ihren dießfälligen Fehltritt zu verschleiern. Es fehlt demnach der objective Thatbestand des Verbrechens der Verheimlichung der Schwangerschaft und der heimlichen Niederkunft, und es fällt der Inculpatin kein anderes Vergehen zur Last, als die Unzucht, wofür sie nach der schon angeführten Verordnung vom 16. Febr. 1813 keine Strafe treffen kann."

„Ich stelle daher den Antrag, die Inculpatin rücksichtlich des hier besprochenen Anschuldigungspunktes wegen Mangels des Thatbestandes für verdachtlos, und die Untersuchung für aufgehoben zu erklären."

Hiegegen erklärte sich der Instructivvotant folgendermaßen:

„Der Herr Referent nimmt an, daß die Verpflichtung zur Anzeige der Schwangerschaft der unehelich Geschwängerten erst mit dem 180sten Tage nach der Empfängniß eintrete, und daß mithin vor dem Eintritte dieses Tages das berührte Vergehen gar nicht von ihnen begangen werden könne."

„Diese Ansicht kann ich nicht theilen. Unser Strafgesetz erfordert eine frühzeitige Anzeige der außerehelichen Schwängerungen, und was es unter dem Ausdrucke: „frühzeitig" versteht, ergiebt sich zur Genüge aus der Bestimmung des Art. 61 c. des Strafedicts, zufolge welcher der Strafnachlaß, den das Gesetz für die zeitige Anzeige bewilligt, der Geschwächten nur dann zu gut kommt, wenn die Anzeige vor dem Eintritte des siebenten Monats der Schwangerschaft geschieht, oder wenn ihr, falls die Anzeige von ihrer Seite erst später, jedoch noch vor eintretenden Anzeigen der umstehenden Niederkunft erfolgt, der Schwängerer nicht damit zuvorgekommen ist. Hieraus folgt wohl klar genug, daß die Behauptung, unser Gesetz lasse die Verbindlichkeit zur Anzeige erst mit dem 180sten Tage oder vom Ende des sechsten Monats an beginnen, irrig sei, daß vielmehr diese Verbindlichkeit der angezogenen Bestimmung zufolge als schon lange vor dem Eintritt des siebenten Monats bestehend unterstellt werden müsse. Der Zeitpunkt, mit welchem diese Verbindlich-

heit beginnen soll, ist zwar nirgendwo im Gesetze bestimmt, allein, wie ich bei andern Gelegenheiten schon bemerkt habe, wird es der Natur der Sache am angemessensten seyn, wenn man annimmt, daß diese Verbindlichkeit im nämlichen Augenblicke eintrete, wo die Geschwächte zur vollen Ueberzeugung von ihrer Schwangerschaft gelangt, die sie doch zum mindesten von da an haben muß, wo sich den übrigen Merkmalen der Schwangerschaft auch die Bewegung des Kindes im Mutterleibe noch beigesellt."

„In so fern nun aber im gegebenen Falle keine rechtliche Gewißheit darüber vorliegt, daß die Schwangerschaft der Angeschuldigten schon so weit vorgerückt war, daß sie die Bewegung ihrer Leibesfrucht wahrnehmen mußte, und in so fern daher überhaupt ein genügender Beweis darüber fehlt, daß sie vor ihrer erfolgten Entbindung schon volle Ueberzeugung von ihrer Schwangerschaft hatte, in so fern wird wohl auch unbedenklich zugegeben werden können, daß ihr die Pflicht zur Anzeige bis dahin auch noch nicht obgelegen sei, daß sie mithin wegen der Unterlassung dieser letztern auch noch keineswegs als strafbar erscheinen könne, und selbst darin, daß zu deren, wie wohl angenommen werden darf, unvorgesehen eingetretener Entbindung keine Amme beigerufen wurde, dürfte noch keine strafbare Unterlassung wahrzunehmen seyn."

„Eine andere Frage ist es dagegen, ob die D. nicht aus dem Grunde, weil sie ihre Statt gehabte Schwangerschaft und Entbindung auch bei der unmittelbar nach dieser eingetretenen Visitation durch die Hebamme noch verschwiegen hat, des Verbrechens der verheimlichten Schwangerschaft und Niederkunft für schuldig zu halten sei. Bei dieser Visitation hatte die Ungewißheit der Inculpatin über ihre Schwangerschaft, in welcher sie sich vorher befunden haben will, aufgehört, und diese auf Anordnung des betreffenden Sanitätsbeamten vorgenommene Visitation wird ohne Zweifel zum mindesten mit einer obrigkeitlichen Befragung für gleichgeltend zu betrachten seyn. Damals war daher die M. D., wie ich glauben sollte, nicht mehr berechtigt, ihre Schwangerschaft und Niederkunft länger zu verschweigen, und da sie dieses demungeachtet gethan, und eben dadurch die gründlichere Untersuchung der Sache vereitelt hat, so wird wohl auch kein Bedenken zu tragen seyn, sie der Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und Niederkunft für schuldig zu erkennen, denn zu einer solchen Verheimlichung konnte sie nach ihrer Entbindung eben so wenig berechtigt seyn, als vor derselben und es wird eben darum auch die Bestimmung der Verordnung vom 16. Febr. 1813 hier in Anwendung kommen müssen, nach welcher diejenigen Personen, die ohne ihre Schwangerschaft angezeigt zu haben, mit einem todten Kinde erfunden werden, nach wie vor nach dem Inhalte des Strafedicts zu bestrafen sind."

„Der Einwurf, daß hier eine Verheimlichung der Schwangerschaft und Niederkunft aus dem Grunde nicht mehr unterstellt werden könne, weil die Mutter der Inculpatin bei deren Niederkunft zugegen gewesen sei, dürfte von keinem besondern Gewichte seyn, diese Gegenwart könnte wohl unmöglich dazu berechtigen, den wahren Verhalt der Sache bei der vor sich gegangenen Visitation zu verschweigen, es würde vielmehr rücksichtlich dieser Verschweigung die Mutter sogar als Mitschuldige zu betrachten seyn, wenn sie bei der Visitation ihrer Tochter ebenfalls zugegen gewesen wäre, und bei dieser Gelegenheit oder bei einer etwa sonst Statt gehabten obrigkeitlichen Befragung den Verhalt der Sache gleichfalls verschwiegen hätte."

„Wollte man aber auch in dem Umstande, daß die M. D. bei ihrer Visitation ihre Niederkunft verschwiegen hat, keinen zureichenden Grund erblicken, sie des Verbrechens der Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und Niederkunft für schuldig zu erkennen, so würde solcher nach der Bestimmung des Art. 62 c. des Strafedicts zum mindesten doch als eine Erschwerung des Vergehens der Unzucht zu betrachten seyn, wegen dessen die Inculpatin zufolge der schon angezogenen Verordnung von 1813 jedenfalls zur Strafe gezogen werden müßte, indem dieselbe weder ihre Schwangerschaft gebührend angezeigt, noch ein lebendes Kind producirt hat, sondern vielmehr mit einem todten Kinde erfunden worden ist, nur würde in diesem Falle das Straferkenntniß nicht von uns, sondern vom Bezirksamte auszusprechen seyn."

„Für den Fall nun, wo man etwa mit mir darüber einverstanden ist, daß die M. D. der angeschuldigten Verheimlichung ihrer Schwangerschaft und Niederkunft für schuldig zu erklären sei, haben wir noch die gegen dieselbe auszusprechende Strafe zu bestimmen. Dabei wird nicht außer Acht bleiben dürfen, daß der gegebene Fall, wo bloß so viel gewiß ist, daß die Inculpatin wenigstens durch den Eintritt ihrer Niederkunft volle Gewißheit über ihre Schwangerschaft erhielt, doch immer merklich von dem Falle verschieden ist, wo die Geschwächte diese Gewißheit schon lange vorher erhält und sich die That nicht wie hier auf eine bloß nach der erfolgten Geburt eines todten Kindes geschehene Verheimlichung beschränkt."

„Hierin liegt meines Dünkens ein nicht unerheblicher Milderungsgrund, der uns zu einer Abweichung von der gesetzlichen Strafe berechtigt, weßwegen ich statt des Minimums der gesetzlichen Strafe von dreimonatlichem Zuchthaus, welches mit einmonatlicher peinlicher Gefängnißstrafe gleichgeltend ist, eine dreiwöchentliche peinliche Gefängnißstrafe in Antrag bringen zu müssen glaube."

Das Collegium trat dem Instructivvotanten bei und nach dem Antrag des Letztern wurde alsdann das Erkenntniß gegeben. r.

Welche Klagen stehen einem dritten Zähler gegen den, für welchen er bezahlt hat, zu?

Hier muß unterschieden werden zwischen den verschiedenen Fällen:

A. wo er aus Auftrag des Schuldners, und

B. wo er ohne Auftrag desselben bezahlt, und hier wieder zwischen den Fällen, wo

1) entweder ein Verhältniß der L. R. S. 1249 u. folgende eintritt, oder

2) wo dieß nicht der Fall ist.

Leistet ein Dritter für den Schuldner Zahlung

ad A. aus dessen Auftrag; so wird der Schuldner bezüglich auf den Gläubiger befreit, dem Beauftragten aber ex mandato zum Ersatz des Gezahlten verbindlich, L. R. S. 1236, 1999, der Zähler hat die Mandatsklage;

ad B. zahlt aber ein Dritter ohne Auftrag des Schuldners, und es waltet

1) ein Rechtsverhältniß ob, daß die L. R. S. 1249 ff. zur Anwendung gebracht werden können, nämlich daß der Zahlende in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt, so wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht frei, L. R. S. 1236 Abs. 2, der Zähler übt vielmehr die Rechte des befriedigten Gläubigers aus; und hat die dem Gläubiger zugestandene Vertragsklage. Waltet aber

2) kein Rechtsverhältniß ob, daß die L. R. S. 1249 u. f. zur Anwendung kommen, so wird der Schuldner, für welchen gezahlt wurde, von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit befreit, und es kann der Zähler von ihm nur actione de in rem verso alsdann den Ersatz des Gezahlten begehren *), wenn die Zahlung dem befreiten Schuldner einen Vortheil gewährte, und zwar nur bis auf den Betrag dieses Vortheils, und nur in so fern der Vortheil zur Zeit der Anforderung noch besteht. Diese zwei letztern Punkte sind die Hauptunterscheidungsmerkmale der hier erwähnten Klage und der actio neg. gest. contr., indem bei letzterer nur ein Vortheil überhaupt gefordert und auf die Zeit des geführten Geschäftes gesehen wird. L. R. S. 1375 und. Lex 10. §. 1. D. de neg. gest.

Vergl. auch über erstere Klage Zachariä Handbuch dritte Aufl. §. 576 in fin. et ibid. cit.

---

*) Eine solche Klage möchte hier wohl nicht begründet seyn und in den Fällen, wo nicht die gesetzlichen Voraussetzungen einer Geschäftsführung und der act. neg. gest. eintreten, gar keine Ersatzforderung Statt finden.

Eine allgemeine act. de in rem verso für alle Fälle, da aus dem Vermögen des Einen dem Andern ein Vortheil zukommt, kennt das Landrecht nicht. Die L. R. S. 548, 554, 566, 577ak, 1241, 1312, 1381, 1437, 1673, 1926, 2080 und 2188, die von solchen Ersatzverbindlichkeiten sprechen, stellen die act. de in rem verso nicht als eine allgemeine Regel auf, und wäre diese Regel gegeben, so hätte es jener Bestimmungen für einzelne Fälle ja gar nicht bedurft.

Wenn man aber auch aus den angeführten speciellen Bestimmungen eine Regel abstrahirt, so wird sie in keinem Falle so allgemein lauten dürfen, daß sie alle Verwendungen in fremdem Nutzen umfaßt, — alle angeführten Gesetzesstellen betreffen nur Fälle, da der Eigenthümer des Verwendeten entweder von der Verwendung gar nichts wußte, oder doch keine Kenntniß davon hatte, daß dieselbe nicht ihm, sondern einem Andern zum Vortheil gereiche. Beides ist nun aber da, wo Jemand (der Eigenthümer des Verwendeten) die Schuld eines Andern bezahlte, nicht der Fall. Er wußte, daß die Zahlung den Andern nach Satz 1236 befreie, daß sie diesem also zu gut komme, und wenn er nun dennoch zahlte, so giebt kein Gesetz ihm eine Ersatzforderung, ausgenommen so weit er nach Satz 1250 kraft Vertrags oder nach Satz 1251 kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers eintritt, oder nach den Umständen des einzelnen Falles (da er nämlich bei einer Geschäftsführung auch Zahlungen für den Geschäftsherrn besorgte) als Geschäftsführer Vergütungsansprüche zu machen hat. D. R.

In einer Anklagsache wegen Preßvergehen hatte der Angeklagte seinen Vertheidiger nicht aus der Zahl der Gerichtsadvocaten gewählt, und von dem Ankläger war dieses gerügt worden, indem er behauptete, daß das Gesetz über die Presse zwar die Form des Prozesses, niemals aber die Verfassung der Gerichte geregelt habe, daß durch die Vorschriften über die Verfassung der Gerichte die Personen bestimmt seien, welche Andere vor Gericht sollten vertreten dürfen, daß sowohl die ältern als die neuern Gesetze verlangten, daß bei Gerichtshandlungen an den obern Gerichten jedenfalls Procuratoren zugezogen werden müssen, so wie denn die Defensionen in Criminalsachen nur von Procuratoren an den höhern Gerichten übernommen werden dürften (in Officialdefensionen werden diese ausschließlich, ohne alle Vergütung dafür, angehalten) und daß daher der Angeklagte nur durch, oder unter einem solchen Procurator von einem Dritten, der nicht Procurator ist, vertheidigt werden dürfe.

Das Gericht entschied: da der §. 53 des Preßgesetzes der Partei überlasse, den Vertheidiger selbst zu wählen, ohne die Klasse zu bestimmen, aus der er zu nehmen sei, so müsse der hier gewählte auch ohne Procurator zugelassen werden.

Hiernach möchte also das Hofgericht in Preßsachen eigene, von der gewöhnlichen Organisation abweichende Behörden bilden, es bedarf in Preßsachen nicht der legalen Anwälte, und deren Unterschrift bei Eingaben, und dieses weder für den Kläger noch für den Beklagten.

Schamer.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe den 25. Januar 1834.

Rechtsfall über eine Loosung, nachdem die Kaufsbedingungen während des Streits über die Zuläßigkeit der Loosung unmöglich wurden.

v. Ullenburg verkaufte an Fries in Heidelberg die Krappfabrik in Weingarten im J. 1831 unter den Bedingungen, daß Fries für die letzten im Octbr. 1833 fällig werdenden Zieler des Kaufpreises den Buchhändler Winter in Heidelberg als Bürgen stelle, und eine Zeichnung von der Hand des Hofmalers Fries über eine Gegend von Heidelberg dem Verkäufer übergebe. Dannbacher in Weingarten zeigte deßwegen die Markloosung an, und nachdem bei dem Hofgericht dahier angenommen ward, daß Dannbacher auch einen andern solventen Bürgen stellen könne, und bei der Bedingung wegen der Zeichnung des Fries sich nach den L. R. S. 1220, 1221 als der Verbindlichkeit eines Dritten gegen Entschädigung davon befreien könne, wurde seine Loosung angenommen, das Oberhofgericht aber änderte das Erkenntniß ab, und legte dem Dannbacher die buchstäbliche Erfüllung der obigen Bedingungen auf. Im August 1833 klagte nun v. Ullenburg gegen Dannbacher auf Erfüllung der Kaufsbedingungen, oder auf Abtreten von der Loosung, und Dannbacher wurde vom Oberamt Durlach zu letzterm verurtheilt. Er appellirte dagegen, und im Lauf der Appellation verfloß der letzte Zieler des Kaufpreises, und Hofmaler Fries starb plötzlich. Beides ward vom Appellanten benutzt, allein es ergieng gegen ihn das Erkenntniß.

In Anbetracht, daß Kläger auf den Grund eines oberhofgerichtlichen Erkenntnisses vom 28. Juli 1833 vom Beklagten die Erfüllung der Bedingungen des Kaufs der Krappfabrik bei Weingarten, gegen welchen Kauf Beklagter die Loosung angezeigt hatte, verlangt: nämlich die Stellung des Buchhändlers Winter in Heidelberg als Bürgen für die terminweise Zahlung des Kaufpreises, und die Uebergabe einer Zeichnung einer Gegend von Heidelberg von der Hand des Hofmalers Fries.

In Erwägung, daß das oberhofgerichtliche Erkenntniß die Erfüllung dieser beiden Punkte ausdrücklich als die Bedingung der Zuläßigkeit der Loosung des Beklagten festsetzt, dieser aber selbst zugiebt, er habe den Buchhändler Winter nicht als Bürgen gestellt, und werde ihn als solchen nicht stellen können, und sonach Beklagter die erste Bedingung seiner Loosung nicht erfüllt.

In Erwägung, daß die dagegen von ihm angebotene baare Zahlung des ganzen Kaufpreises dem ergangenen und als letztinstanzliches Urtheil die Rechtsverhältnisse der Parteien bestimmenden oberhofgerichtlichen Erkenntniß widerspricht, sodann aber auch dem §. 17 des Gesetzes über die Loosungen vom 3. Mai 1808 zuwiderläuft, wo dem Loosenden ausdrücklich die Pflicht auferlegt ist: „die Verbindlichkeiten des Käufers in unveränderter Maße zu übernehmen, mithin das, was in Zielern bedungen ist, auf gleiche Weise, wie der Käufer zuzusagen, und sicher zu stellen," hier nun aber gerade die terminweise Zahlung und ihre Sicherstellung durch den Buchhändler Winter als Bürgen bedungen wurde, welche Bedingung aber Beklagter nicht erfüllen kann, ihr aber auch nicht eine ganz veränderte Art der Erfüllung, nämlich die ganze und alsbaldige Zahlung des Kaufpreises unterlegen darf, indem es der Natur der Sache nach dem Verkäufer allerdings wünschenswerth seyn kann, den Kaufpreis nicht auf einmal in die Hand zu bekommen, und dadurch Zeit zu erhalten, ihn bei der terminweisen Zahlung jedesmal wieder nutzbringend anzulegen.

In Erwägung, daß der Umstand, daß unterdessen die bedungene Zeit der terminweisen Zahlung umflossen, und also eine Bürgschaft dafür nicht mehr rechtlich möglich ist, keine Beachtung verdient, weil bei der Entscheidung eines Rechtsstreits die Rechtsverhältnisse unterstellt werden müssen, welche den Rechtsstreit herbeiführten, eine Aenderung dieser Verhältnisse aber eine Aenderung des Rechts nicht herbeiführen kann, hier aber der Kläger und Verkäufer auf seinem Rechtsverhältniß der terminweisen Zahlung und Stellung eines Bürgen dafür um so mehr besteht und immerhin bestehen kann, als die Klage den 1. Aug. 1833, also vor Ablauf der terminweisen Zahlung angestellt war, und die unterdessen umlaufene Zeit der Terminzahlung dem Beklagten kein Recht

geben kann, durch seine Verhinderung des Vollzugs des Verkaufs an Fries sich ein Recht zu erwerben, welches er für sich gegen den Kläger nicht hatte.

In Erwägung, daß durch das oberhofgerichtliche Urtheil auch die Uebergabe einer Zeichnung von der Hand des Hofmalers Fries zu einer ausdrücklichen Bedingung der Zuläßigkeit der Loosung des Beklagten gemacht worden ist, es daher nicht mehr darauf ankommen kann, ob nach den L. R. S. 1120, 1121 die stricte Erfüllung dieser Verbindlichkeit an den Beklagten verlangt werden kann, indem gerade in diesem Punkt das dießseitige Erkenntniß vom Oberhofgericht abgeändert wurde, die vom Beklagten aber vorgelegten Zeichnungen des Hofmalers Fries dieser Bedingung nicht entsprechen, indem die eine nur eine Kreidezeichnung auf eine Steinplatte ist, und als solche nicht unter den Begriff einer Handzeichnung gehört, sondern dazu bestimmt ist, durch künstliche Abdrücke davon die Zeichnung erst als lithographische Zeichnung darzustellen, was wohl der Käufer bei der Bedingung einer eigenen Originalhandzeichnung nicht bezweckte, die andere aber eine Zeichnung des Hofmalers Fries vom Jahre 1820 ist, während in dem Kaufvertrag vom Jahre 1831 eine erst zu *fertigende* Zeichnung desselben bedungen wurde und es bei einem Künstler bei seinem Fortschreiten in der Kunst allerdings darauf ankommt, ein um eilf Jahr späteres Werk zu besitzen, denn als ein früheres wie hier aus dem Jahre 1820, wo Hofmaler Fries, wenn schon mit großen Anlagen ausgestattet, doch bei seiner großen Jugend offenbar noch nicht der Künstler war, als er sich später ausbildete, und leider der ganzen deutschen Kunst zu frühe entrissen wurde, demnach die Uebergabe einer Zeichnung des Hofmalers Fries aus dem Jahre 1820, wo er noch ein Anfänger in der Kunst war, nicht als die Erfüllung der Bedingung der Uebergabe einer im Jahre 1831 erst vom Hofmaler Fries zu fertigenden, also aus der Periode seiner ausgebildeten Kunst herstammenden Zeichnung betrachtet werden kann.

In Erwägung, daß der unterdessen eingetretene für die deutsche Malerei so sehr zu bedauernde Tod des Hofmalers Fries an den Rechtsverhältnissen der Parteien nichts ändert, indem Beklagter gerade durch seine Loosung die Erfüllung der Bedingung von Seiten des Käufers, des Vaters des Hofmalers Fries, hinderte und bis jetzt unmöglich machte, dadurch aber den Verlust des Klägers noch steigerte, indem es eine bekannte Erscheinung ist, daß die Werke ausgezeichneter Künstler in der Malerei nach ihrem Tode im Werthe steigen, jedenfalls auch noch die unerfüllte erste Bedingung wegen Stellung des Bürgen gegen den Beklagten stehen bleibt, überdieß auch die Unmöglichkeit der Erfüllung beider Bedingungen, bestände sie anders, dem Kläger ein Recht geben kann, nunmehr gegen den Käufer Fries vom Verkauf abzugehen, der Beklagte dagegen als Looser dieses Kaufs kein Recht hat, nunmehr, nachdem er seiner Seits die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, den Kläger und Verkäufer zur Aufrechthaltung des Kaufs gegen ihn unter sogar ganz andern Bedingungen zu zwingen.

In Erwägung, daß die erst in der Appellationsbeschwerdeschrift vorgebrachte Behauptung, es seien beide fragliche Kaufsgedinge nur zum Schein und zur Umgehung einer Loosung festgesetzt, mithin unerlaubt, schon in dem Hauptstreit über die Loosung vom Beklagten vorgebracht und durch Aufrechthaltung dieser Gedinge im oberhofgerichtlichen Urtheil rechtskräftig verworfen ist, ihr überdieß auch jede Beweisantretung in dieser zum abgekürzten Verfahren sich eignenden Sache abgeht, sie demnach als beweislos schon deßhalb nicht zu berücksichtigen ist, da ihr Kläger widerspricht, so wird

in endlicher Erwägung, daß die Sachfälligkeit des Beklagten Appellanten auch seine Verfällung in die Kosten nach sich zieht, nach vorgängiger rechtsbehörtiger schriftlicher und mündlicher Verhandlung der Appellation und nach geschehener geheimer Berathung zu Recht erkannt, daß das Urtheil des Oberamts Durlach zu bestätigen, und die dagegen vom Beklagten eingewandte Appellation unter Verfällung desselben in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen seie.

Von Rechtswegen.

Sander.

In wie fern findet das Rechtsmittel der Appellation gegen einen Purificationsbeschluß Statt?

Matthias Keller von Hagnau entlieh im Jahr 1787 vom Reichsstift Schussenried die Summe von 1000 fl. und verpfändete dafür in einer Obligation vom 4. August 1787 folgende vier Grundstücke, als:

1) das eigenthümliche 1½ Bützenstück Reben im Berg;
2) 2½ Viertel Reben im Bächlen;
3) 2½ Viertel Reben im Burgstahl;
4) ½ Bützenstück Reben im Rogenbach.

Nach Aufhebung des Reichsstifts Schussenried wurde die gegenwärtige Waisenkasse Schussenried Eigenthümerin der Kellerschen Kapitalforderung, erhielt in späterer Zeit daran eine Baarzahlung und Jacob Höhen von Hagnau übernahm einen Theil der Schuld.

Für den Rest ad 350 fl. betrachtete die gedachte Kasse immer den Matthias Keller als Schuldner und nahm auf seine Rechnung die Zinszahlungen an.

Während sich die Person des Gläubigers geändert hatte, änderte sich auch nicht nur die Person des Schuldners, sondern auch jene des Unterpfandsbesitzers, jedoch alles ohne Wissen des Gläubigers. Im Jahr 1806 nach dem Tode der Eltern nämlich vertheilten die M. Kellerschen Kinder das

zurückgelassene Vermögen, so wie die vorhandenen Schulden, und es erhielten von den Unterpfändern:

a) Baptist Hibschenberger (Schwiegersohn) das ½ Bützenstück Reben, Urb. Nr. 1131 b.;

b) Franz Joseph Keller 1 Bützenstück Reben Urb. Nr. 1131 a.;

c) Konrad Keller 2½ Viertel Reben im Bächlen Urb. Nr. 265;

d) Jacob Höben ebenfalls 2½ Viertel Reben im Burgstahl Urb. Nr. 647 und

e) Magdalena Keller ½ Bützenstück Reben im Rogenbach Urb. Nr. 601.

Als später im Jahr 1830 Franz Joseph Keller starb, und seine Verlassenschaft in Gant gerieth, so meldete die zur Schuldenliquidation vorgeladene Waisenkasse auf die Obligation vom 4. August 1787 hin den Kapitalrest ad

	350 fl. — kr.
und den verfallenen Zins, der bis zum Tag der Verweisung (3. März 1830)	39 fl. 56 kr.
betrug, an; am Gesammtbetrag ad . . .	389 fl. 56 kr.
erhielt sie, weil eben in der Gantmasse nur das Grundstück 1 Bützenstück Reben vorhanden war, nur	195 fl. 57 kr.
und verlor die Summe von	193 fl. 59 kr.

Dieser Verlust wurde sofort bezüglich auf den L. R. S. 873, wornach die Miterben für die Pfandforderung sammtverbindlich *) zu haften haben und bezüglich auf den L. R. S. 2166 gegen die Miterben des M. Keller als Unterpfandsbesitzer eingeklagt, und sodann der widersprochenen, aus der Eidesformel ersichtlichen Einrede der Beklagten gemäß, vom Bezirksamt dahier auf den hierwegen zugeschobenen und vom gegenwärtigen Waisenkassier Obermüller angenommenen Haupteid erkannt. Dieser Eid lautete: „Die Waisenkasse soll schwören, daß sie sich nicht mit der Anweisung ihrer Forderung an den Meßner Sebastian Knoblauch mit 300 fl. und an den Franz Joseph Keller mit 200 fl. begnügt, und daß sie die andern Erben des Matth. Keller ihrer Verbindlichkeit nicht habe entlassen wollen, sondern sich ihre Forderungsrechte gegen dieselben ausdrücklich vorbehalten habe**)."

Dieser Eid wurde nun auch wirklich von Obermüller abgeleistet, gelegentheitlich der Eidesleistung aber bemerkt, daß die Eidesleistung nur für seine Dienstperiode vom Jahre 1823 an gelte, und daß dem Oberamtsrath Hezz, dem Dienstvorfahrer, für die frühere Periode der Eid abgenommen werden möge.

Als Hepp, vom Amte zur Eidesleistung aufgefordert, erklärte, er könne den Eid nicht unter der obigen Formel leisten, sondern nur unter der Formel:

„daß während seiner Verwaltungsperiode vom Jahre 1803 — 1823 ihm nie eine Anweisung zur Erhebung der Matth. Kellerschen Schuld von Hagnau mit 300 fl. bei Meßner Sebastian Knoblauch und mit 200 fl. bei Franz Joseph Keller von dort zugegangen, daß ihm ferner niemals bekannt geworden sei, daß und wann Matth. Keller gestorben, und wie und auf welche Weise die Schuld auf seine und auf welche Erben übergegangen sei, und daß er den Matth. Keller immer als Schuldner betrachtet habe"

so wurde auf Anrufen des Anwalts der Beklagten der Eid für verweigert erklärt, und hiernach das amtliche Urtheil dahin purificirt, daß die Klägerin abzuweisen und in alle Kosten zu verfällen sei.

Auf die gegen diesen Beschluß angemeldete und auch ausgeführte Appellation wurde hierauf nach den weiters gesetzlich gepflogenen Verhandlungen zu Recht erkannt:

„Der Beschluß des Bezirksamtes Mersburg vom 26. März 1833, wodurch das den 21. Mai 1832 ergangene Erkenntniß dahier für purificirt erklärt wird, daß Klägerin mit ihrer Klage unter Verfällung in alle Kosten abzuweisen sei," sei aufzuheben, und die beklagten Appellaten in die Kosten dieser Instanz zu verfällen.

Von Rechtswegen.

Die Entscheidungsgründe dieses Urtheils sind:

Die Appellantin beschwert sich eigentlich darüber, daß der Unterrichter, von der irrigen thatsächlichen Unterstellung ausgehend, als wäre von ihrer Seite der Eid verweigert, die im Urtheil vom 21. Mai 1832 eventuell auf die Nichtausschwörung oder Verweigerung des Eides erkannte Folge der Abweisung mit ihrer Klage nunmehr durch das Purificationserkenntniß vom 26. März 1832 als wirklich eingetreten erklärt habe, ohne daß die Bedingung dieser Folge, nämlich die Verweigerung des Eides existire. Und es geht die appellantische Bitte

a) auf Aufhebung des Purificationserkenntnisses,

---

*) Nicht sammtverbindlich, sondern nur so weit die Unterpfänder reichen, oder sonst nach ihren Antheilen, haften die Miterben. Unter dem im Satz 873 angeführten „ganzen Betrag" ist der Betrag des Pfandwerths verstanden. M. s. den S. 1009 und besonders den S. 1221. D. R.

**) Wenn das Erkenntniß weiter nichts, als was hier angeführt ist, enthalten hat, namentlich wenn das Präjudiz, das im Falle der Eidesleistung und im Falle der Verweigerung des Eides eintreten werde, nicht ausgedrückt wurde, so war dieß dem §. 379 der Prozeßordnung zuwider und das Erkenntniß konnte nicht als ein bedingtes Enderkenntniß gelten, da es noch nichts zu- und nichts aberkannte, es konnte daher auch nicht in Rechtskraft übergehen §. 300 und 1178. Die Parteien konnten übrigens die Ergänzung des Erkenntnisses durch Beifügung des Präjudizes vom Unterrichter selbst verlangen. D. R.

b) Modification der Eidesformel nach vorheriger Verhandlung zur Bestimmung derselben.

Daß die letztere Bitte unstatthaft sei, liegt auf offener Hand, da das Urtheil vom 21. Mai 1832, in Folge des klägerischen Verzichtes vom 18. Juni 1832 auf ein Rechtsmittel dagegen, in Rechtskraft erwachsen ist, somit die darin festgesetzte Formel, als schon rechtskräftig entschieden, keiner Abänderung mehr unterliegt *).

In Ansehung der ersten Bitte

ad a) um Aufhebung des Purificationserkenntnisses fragt es sich vorerst, ob gegen ein solches Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation Statt hat?

Für die Verneinung dieser Frage spricht der dürre Wortlaut des §. 606 der Prozeßordnung: „Es findet keine Appellation dagegen Statt.“ Durch eine nähere Erwägung der Verbindung dieser Worte mit dem voraus stehenden Satze: „die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Eides werden von dem Richter, vor welchem der Eid zu schwören war, in Form einer einfachen Verfügung ausgesprochen,“ ergiebt sich aber, daß nur gegen Verfügungen oder Erkenntnisse, die sich in den Schranken eines Purificationserkenntnisses halten, d. h. mehr nicht aussprechen, als die Wiederholung des schon rechtskräftig bedingt Entschiedenen nach wirklichem Eintritt der Bedingung, d. h. nach wirklich geschehener Leistung oder urtheilsmäßiger Verweigerung des Eides, die Appellation unzuläßig seyn solle.

Eine richterliche Verfügung oder ein Erkenntniß, durch welches einer Partei dasjenige, was ihr durch rechtskräftiges Urtheil bedingt aberkannt ist, unbedingt abgesprochen wurde, ohne daß vorerst die Bedingung eingetreten wäre, könnte wohl nicht für ein Purificationserkenntniß gelten, sondern wäre ein selbstständiges, das frühere Urtheil abänderndes Erkenntniß, wogegen unzweifelhaft Appellation zuläßig wäre. Für diese Ansicht entscheidet auch die Analogie der §§. 929 und 1178 der Prozeßordnung **).

*) Man sehe dagegen die vorige Note. Jedenfalls hätte in der Appellationsinstanz das angebliche Purificationserkenntniß nicht nur aufgehoben, sondern nach §. 1223 und 1224 der Prozeßordnung zugleich auch über die Hauptsache selbst entschieden, also nach allenfallsiger Abnahme des Eides die Folge selbst ausgesprochen werden sollen. D. R.

**) Im vorliegenden Falle war die Appellation gegen den angeblichen Purificationsbescheid jedenfalls deßwegen zuläßig, weil der §. 606 nur solche Purificationsbescheide im Auge hat, welche auf ein gemäß dem §. 379 erlassenes bedingtes Endurtheil erlassen wurden, hier aber von einem solchen nicht die Rede, der Beschluß vom 26. März 1833 vielmehr das erste und Haupterkenntniß selbst ist. D. R.

Da nun in concreto die Appellantin behauptet, daß der Eid noch keineswegs verweigert, und somit die Bestimmung der Abweisung mit ihrer Klage noch nicht eingetreten sei, und da unter Voraussetzung der Wahrheit dieser Behauptung das angefochtene unterrichterliche Erkenntniß vom 26. März 1833 keine bloße Purification, sondern ein selbstständiges, das frühere bedingte Urtheil ein, ein unbedingtes abänderndes Urtheil wäre, so ist die Appellation gegen den amtlichen Beschluß vom 26. März 1833 zuläßig.

In materieller Beziehung erscheint die appellantische Beschwerde als begründet, weil überhaupt der Eidesverweigerung des vormaligen Waisenkasseverwalters Oberamtsrath Hezz kein Einfluß auf die Entscheidung dieser Sache, und also auch nicht diejenige Folge eingeräumt werden kann, die ihr der Unterrichter gegeben hat. Der beklagte Theil ist nämlich jetzt nicht mehr befugt, zu verlangen, daß Oberamtsrath Hezz für seine Dienstperiode, den der Waisenkasse zugeschobenen Eid leiste. Denn da die Eidesformel keine der zu beschwörenden Thatsache hinzugefügte Zeitbestimmung enthält, so kann jetzt keineswegs mehr zwischen der Dienstperiode des dermaligen Verwalters Obermüller und jener des Oberamtsraths Hezz unterschieden werden, indem dieß ebenfalls eine unzuläßige Aenderung der unabänderlich gewordenen Eidesformel involviren würde.

Ueberdieß konnte der keiner bestimmten Partei zugeschobene Eid nur dem Gegner im Prozesse aufgetragen werden. Als solcher erscheint aber Namens der klagenden Waisenkasse nur allein ihr dermaliger Verwalter Obermüller, nicht aber auch der Oberamtsrath Hezz, welcher, da er schon im Jahr 1823 von der Verwaltung der gedachten Waisenkasse abgetreten ist, in keiner solchen Beziehung mehr zu ihr steht, daß er sie zu vertreten befugt seyn konnte. Er ist in Bezug auf den gegenwärtigen Rechtsstreit daher nur als Dritter zu betrachten, weßhalb eine Eideszuschiebung an ihn nur dann Statt fände, wenn er im Weg der Intervention oder rechtsmäßigen Beiladung am Streit Theil genommen hätte, was aber keineswegs geschehen ist.

Da hiernach die Unterstellung des Unterrichters, von welcher er bei Fassung des Urtheils vom 26. März 1833 ausgieng, als wäre durch die Erklärung des Oberamtsraths Hezz die Abweisung der Klägerin mit ihrer Klage eingetreten, unrichtig ist, so mußte, dem Begehren der Appellantin gemäß, jener Beschluß aufgehoben werden. Die Beklagten aber haben, da sie in dieser Instanz unterliegender Theil sind, dem §. 169 der Prozeßordnung gemäß, die Kosten zu tragen.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 5. | Karlsruhe den 1. Februar 1834.

Trennung der Justiz von der Administration und Verfassung der Gerichte.

Da zu erwarten ist, daß die Trennung der Justiz von der Administration und die damit in Verbindung stehende Reform der Gerichtsverfassung bei dem nächsten Landtag nicht nur wieder zur Sprache, sondern — wenn kein Unstern dazwischen tritt — auch zur Erledigung kommen werde, so dürfte es nicht unangemessen seyn, über diesen hochwichtigen Gegenstand in der Zwischenzeit bis zum nächsten Landtag nochmals eine Berathung des rechtsgelehrten Publicums in Anregung zu bringen.

Zwar können, was die Frage über die Trennung der Justiz von der Administration, über Errichtung von Collegialgerichten u. dgl. im Allgemeinen betrifft, die Acten als geschlossen angenommen werden, wir finden wenigstens keinen Grund, diese allgemeinen Fragen hier in den Annalen wiederholt zu discutiren; allein es scheint uns bei der gegenwärtigen Lage der Sache zweckmäßig, die Art und Weise, wie die Sache nach den auf dem Landtag von 1831 angenommenen Grundsätzen in unserm Großherzogthum am passendsten ausgeführt werden könnte, zur Erörterung zu bringen.

Wir theilen zu diesem Behufe hier einen Entwurf mit, nach welchem diese Ausführung geschehen könnte.

Das Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden möchte seiner Bestimmung nach der Ort seyn, diesen Entwurf, so wie andere Vorschläge, welche gemacht werden dürften, umständlich zu erörtern. Ganz gedrängt verfaßten kürzern Kritiken und Vorschlägen werden aber auch die Annalen ihre Spalten öffnen.

Der Entwurf, den wir hier mittheilen, ist darauf berechnet, daß er schon zur Ausführung gebracht werden könnte, ehe noch die Staatsanwaltschaft allgemein angenommen, und ehe überhaupt der zu erwartende neue Strafprozeß eingeführt seyn wird; daher ist darin von der Staatsanwaltschaft *) keine Rede und der Competenzbestimmung in Criminalsachen mußten die bisherigen Unterscheidungsmerkmale zu Grund gelegt werden *), obgleich übrigens nicht zu bestreiten ist, daß die Errichtung von Collegialgerichten erster Instanz hauptsächlich mit auf der Rücksicht beruht, daß dadurch die Einführung eines mündlichen öffentlichen Verfahrens in Strafsachen, welches bei Verweisung derselben an die Hofgerichte schwer ausführbar seyn würde, wesentlich erleichtert wird. Der erwähnte Entwurf ist folgender:

Allgemeine Bestimmung.

§. 1.

Die Rechtspflege wird auch in unterer Instanz von der Verwaltung im engern Sinne getrennt.

Nur den Bürgermeistern bleibt neben ihrem administrativen Geschäftskreis noch eine beschränkte richterliche Competenz **).

I. Theil.
Bildung der Gerichte.

§. 2.

Kreisgerichte.

Es werden zehn Kreiscollegialgerichte errichtet und zwar: zu Constanz, Donaueschingen, Lörrach, Freiburg, Offenburg, Rastadt, Karlsruhe, Mannheim, Mosbach und Wertheim ***).

---

*) Auch von der Organisation der Verwaltungsbehörden ist im Entwurfe nicht die Rede, da dieselbe, wenn sie gleich in Folge der Trennung der Justiz von der Administration eine Aenderung erleidet, denn doch nicht zur Gerichtsverfassung gehört.

*) Wir hoffen übrigens, daß auch der neue Strafprozeß am nächsten Landtage zu Stande kommen werde. Doch ist schon manchmal eine Hoffnung getäuscht worden. Wird aber diese Hoffnung erfüllt, so muß der neue Strafprozeß bestimmen, was als bloßes Vergehen und was als Verbrechen zu behandeln sei, und vor welche Gerichte diese Letztern zu verweisen seien. Nach Umständen könnten die Bestimmungen über die desfallsige Bildung des Gerichts, so wie jene über die Errichtung der Staatsanwaltschaften alsdann noch in die Gerichtsverfassung oder in ein eigenes Gesetz aufgenommen werden.

**) Bei ganz unbedeutenden Streitsachen über einige Gulden oder nur über einige Kreuzer wäre schon die Verweisung an den Einzelrichter mit unverhältnißmäßigen Umständen und Kosten verbunden, daher werden dieselben immer dem Bürgermeister, dessen Hauptgeschäfte der Administration angehören, überlassen bleiben müssen.

***) Dieß sind die nämlichen Kreise, welche durch das

§. 3.

Bezirksgerichte.

Jeder der im vorhergehenden Paragraphen genannten zehn Kreise wird in sieben bis zwölf Bezirke abgetheilt, deren jeder ein mit einem Einzelrichter besetztes Bezirksgericht hat *).

§. 4.

Appellationsgerichte.

Es werden zwei Appellationsgerichte, das eine zu Freiburg, das andere zu Mannheim, errichtet.

Das Erstere (das Appellationsgericht des Oberlandes) umfaßt die Kreise der Collegialgerichte zu Constanz, Donaueschingen, Lörrach, Freiburg und Offenburg; das Andere (das Appellationsgericht des Unterlandes) umfaßt die Kreise der Collegialgerichte zu Rastadt, Karlsruhe, Mannheim, Mosbach und Wertheim **).

Organisationsedict von 1809 für die damaligen zehn Kreisdirectorien gebildet wurden. — Es würden hiernach im Durchschnitte 120,000 Seelen auf ein Collegialgericht erster Instanz fallen. Von der größern oder geringern Competenz der neben den Collegien für geringere oder eilende Streitfälle noch bestehenden Einzelrichter wird es abhängen, ob zehn Kreiscollegialgerichte erster Instanz hinreichen, oder zu viel oder zu wenig seyn werden. Wird die Competenz der Einzelrichter so angenommen, wie sie hier in den §§. 7—11 bestimmt ist, so sind die Collegien schon so erleichtert, daß man mit zehn derselben ausreichen kann.

*) Dieß sind die französischen Friedensgerichte, aber nach den §§. 7—11 mit erweiterter Competenz. Friedensrichter kann man sie nicht nennen, weil unsere Prozeßordnung den Versuch der Güte als Bedingung der Klagzulassung nicht kennt dem Einzelrichter, also ein Vermittlungsamt nicht anders als jedem Richter nach §. 791 sq. der Prozeßordnung zukommt.

Der Bezirk eines Einzelrichters dürfte in der Regel 15,000 Seelen umfassen, vorbehaltlich einer Vergrößerung oder Verkleinerung dieses Umfangs, je nachdem die Arrondirung es nothwendig macht Werden ⅔ von den Geschäften der jetzigen Aemter als Justizsachen angenommen, und ferner angenommen, daß die in den §§. 7—11 aufgeführten Geschäfte etwa ⅔ von den gegenwärtig den Aemtern zukommenden richterlichen Functionen seien, so werden die künftigen Einzelrichter nahehin die Hälfte aller jetzt den Bezirksämtern zukommenden Geschäfte haben, woraus hervorgeht, daß sie bei Bezirken von 15,000 Seelen mit Geschäften nicht überladen seyn werden. Nichts ist übrigens für ein geordnetes Verfahren verderblicher, als eine solche Ueberladung, wie sie jetzt auf den Aemtern lastet.

**) Wenn man bedenkt, daß an diese Appellationsgerichte alle in erster Instanz vor die Einzelrichter gehörigen Sachen (§. 7—11) nicht gelangen, und daß nach §. 13 selbst da, wo die Competenz des Einzelrichters in Streitsachen über 500 fl. eintritt, die Oberappellation gegen das vom Kreiscolligalgerichte in zweiter Instanz ergangene Erkenntniß nicht an das Appellationsgericht, sondern an das Oberappellationsgericht geht, und wenn man in Anschlag bringt, daß die Appellationsgerichte die Geschäfte, welche jetzt die

§. 5.

Oberappellationsgericht.

Das Oberhofgericht bleibt in Mannheim. Es erhält den Namen: Oberappellationsgericht *).

§. 6.

Zahl der Votanten.

Die Kreisgerichte geben ihre Entscheidungen in Versammlungen von drei Votanten, bestehend aus dem Director und zwei Justizräthen oder Assessoren.

Die beiden Appellationsgerichte haben jedes zwei Senate, deren jeder aus fünf Votanten, einem Präsidenten oder Director und vier Appellationsgerichtsräthen besteht.

Das Oberappellationsgericht, welches nicht in Senate abgetheilt wird, urtheilt in einer Versammlung von sieben Votanten **).

II. Theil.

Geschäftskreis der verschiedenen Gerichte.

§. 7.

Competenz der Bezirksgerichte.

Die Bezirksgerichte haben

a. alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand ohne Einrechnung von Zinsen und Kosten den Werth von 100 fl. nicht übersteigen ***), im abgekürzten Verfahren zu erledigen,

---

Hofgerichte in Criminalsachen haben, größtentheils verlieren, so wird man zwei Appellationsgerichte, jedes mit zwei Senaten (§. 6) als hinlänglich erkennen.

*) Man hält da und dort ein drittes Gericht über zwei collegialischen Instanzen für unnöthig. Dasselbe scheint aber doch nicht entbehrlich zu seyn, wenn man erwägt, daß bei zwei Appellationsgerichten verschiedene Rechtsansichten sich befestigen würden und die Rechtseinheit hauptsächlich in dem obersten Gerichtshofe ihre Stütze hat, und daß da, wo die Collegialgerichte erster und zweiter Instanz widersprechende Urtheile geben, noch mehr Grund vorhanden ist, durch ein drittes Gericht den Ausschlag geben zu lassen, als wenn das Gericht erster Instanz, wie gegenwärtig, nur einen Einzelrichter hat. In dieser Beziehung soll übrigens nach § 18 die Oberappellation gegen ein Erkenntniß des Appellationsgerichts nur in so weit Statt finden, als das Letztere das Erkenntniß des Kreiscollegialgerichts abgeändert hat.

**) Da die Oberappellation bei einer Summe unter 500 fl. nicht Statt findet, und da dem Oberappellationsgerichte beinahe alle Criminalsachen abgenommen werden (§. 17), endlich da gegen gleichlautende Erkenntnisse der Kreiscollegialgerichte und der Appellationsgerichte kein dritter Rechtszug Statt findet (§. 18), so wird das Oberappellationsgericht mit einem Senate ausreichen.

Im übrigen ist hier überall nur gesagt, wie viele Richter bei den verschiedenen Collegien jedesmal in der Sitzung anwesend seyn müssen, nicht aber, wie viele bei einem jeden angestellt werden. Letzteres hängt von dem, erst durch die Erfahrung sich zeigenden Bedürfnisse ab.

***) Wollte man 150 fl. statt 100 fl. annehmen, so wäre

und eben so ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes:

b. die Streitigkeiten über laufenden und künftigen Unterhalt (Prozeßordnung §. 673 Nr. 3);

c. die Streitigkeiten über Ansprüche, wodurch angefangene oder beabsichtigte Bauten aufgehalten werden, in so fern der Streit nicht Grundeigenthums- oder Dienstbarkeitsrechte zum Gegenstand hat (§. 673 Nr. 4 u. §. 771);

d) die aus dem Dienstverhältnisse zwischen Handwerksmeistern, Gewerbsunternehmern oder Dienstherren und ihren Gesellen, Lehrjungen, Arbeitern oder Dienstboten herrührenden Streitigkeiten (§. 673 Nr. 5);

e) alle Gantsachen *);

f) die sogenannten Wandelklagen wegen Viehmängeln;

g) die Wildschadensersatzklagen;

h) die Arrestprozesse in den Fällen des §. 678 der Prozeßordnung **).

---

wohl angemessen, die im §. 673 Nr. 2 der Prozeßordnung erwähnten 100 fl., bis zu welcher Summe das abgekürzte Verfahren Statt findet, ebenfalls auf 150 fl. zu erhöhen, da für den Einzelrichter kein anderes als das abgekürzte Verfahren sich schicken würde.

Beschränkt man aber den Einzelrichter auf eine Competenz bis auf 100 fl., so muß man die Appellationssumme gegen Erkenntnisse der Kreiscollegialgerichte, welche nach dem §. 1173 der Prozeßord. in 150 fl. besteht, ebenfalls auf 100 fl. herabsetzen, weil sonst in Sachen von 50—100 fl. zwei Instanzen bestünden, in Sachen von 100—150 fl. aber nur Eine.

*) Die Gantsachen sind zwar von großer Wichtigkeit, allein es wird dennoch nicht zu umgehen seyn, sie dem Einzelrichter zuzuweisen, weil, besonders bei Ganten von kleinerem Umfange, in der Regel fast alle Gläubiger in der Nähe des Schuldners wohnen, ein Erscheinen derselben vor dem entfernten Collegialgerichte also zu kostspielig und zu umständlich wäre.

Will man, was die Rechtshülfe wesentlich erleichtert, das in den §§. 720—725 beschriebene Verfahren zur Beitreibung liquider Schuldforderungen und das Vollstreckungsverfahren dem Einzelrichter überlassen (§. 8), so wird ohnehin das im §. 815 u. 816 erwähnte Verfahren über Eröffnung der Gant nur vor Einzelrichtern Statt haben können.

Dazu kommt noch, daß nach dem §. 1151 der Prozeßord. die Prozeßverhandlungen im Gantverfahren vor Collegien doch nicht in öffentlicher Sitzung, sondern vor einem Gerichtsdeputirten vor sich gehen, und dieser in geheimer Sitzung darüber nur Vortrag zu erstatten hat, daher in dieser Beziehung die Verhandlung vor den Kreiscollegialgerichten keinen besondern Vortheil hat.

**) In andern minder dringenden Fällen wird das Arrestgesuch nach §. 677 bei dem Richter der Hauptsache selbst angebracht.

Man könnte, wenn man die Competenz des Einzelrichters noch mehr ausdehnen wollte, auch noch die zum abgekürzten Verfahren geeigneten Besitzklagen, die verschiedenen Aufforderungen (Prozeßord. §. 761—782) und die Lo-

§. 8.

Bei den Bezirksgerichten sind ferner die Gesuche um bedingte Zahlungsbefehle nach Maßgabe der §§. 720—725 der Prozeßordnung, ohne Rücksicht auf die Größe der Forderungen, anzubringen.

Wenn das Bezirksgericht nicht selbst zuständig ist, um nach dem §. 944 der Prozeßordnung über ein Vollstreckungsgesuch zu erkennen, die Vollstreckung aber innerhalb seines Bezirkes vorzunehmen ist, so sind die desfallsigen Aufträge höherer oder Requisitionsschreiben auswärtiger Gerichte gemäß dem §. 949 an dasselbe zu richten.

§. 9.

Auch in bürgerlichen Streitsachen, welche nicht zu ihrer Competenz gehören, haben die Bezirksgerichte

a. auf Anordnung der ihnen vorgesetzten Gerichte oder auf Antrag der Parteien Vergleichsversuche vorzunehmen,

b. und eben so auf Antrag der Parteien selbst zu verhandeln und zu entscheiden.

In der letzteren Beziehung hat das Bezirksgericht auf jede Klage, wenn sie auch seine Competenz übersteigt, sofern nur bei einer Summe unter 150 fl. seine Zuständigkeit begründet wäre, nach Vorschrift der Prozeßordnung zu verfügen, und wenn nicht bei der ersten Tagfahrt, beziehungsweise innerhalb der ersten dem Beklagten zu irgend einer Handlung anberaumten Frist, der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit vorschützt, so gilt der Gerichtsstand als prorogirt *).

§. 10.

In Ehestreitigkeiten führen die Bezirksgerichte, wie bisher die Bezirksämter, die Untersuchungen, und legen die Acten in spruchreifem Stande den betreffenden Kreisgerichten zur Entscheidung vor.

Eben dieses geschieht bei Anträgen auf Entmündigungen und Mundtodtmachungen **).

---

sungsstreitigkeiten hier aufnehmen, es liegt aber hiezu, da in diesen Fällen wohl selten eine Gefahr auf dem Verzuge haftet, kein hinreichender Grund vor.

Gesuche um einstweilige Verfügungen (§. 709) und andere Nebensachen (§. 673 Nr. 1) sind nach §. 31 der Prozeßord. nur vor dem Gerichte der Hauptsache anzubringen.

*) Wenn die Parteien auf das Urtheil eines Einzelrichters volles Vertrauen haben, so ist es für sie eine Erleichterung, wenn sie in allen Fällen auch von ihm ein Erkenntniß verlangen dürfen, ohne sich gerade an das, oft bedeutend entfernte Collegialgericht wenden zu müssen.

**) Die Entmündigungen und Mundtodtmachungen sind nach dem Landrecht gerichtliche Acte und nur das zweite Einführungsedict hat sie als bloß polizeiliche erklärt. Bei der Wichtigkeit der hiebei im Streit befangenen Rechte, und da solche der Einzelne in seinem Interesse und nicht, wie z. B. die politischen Wahlrechte, im Interesse der Gesammtheit auszuüben hat, scheint es angemessener, diese Verhandlungen vor die Gerichte zu verweisen.

§. 11.

In Straffachen gehen, mit Vorbehalt der im §. 12 enthaltenen Ausnahmen, sämmtliche Befugnisse, welche bisher die Bezirksämter sowohl in Beziehung auf Untersuchungen, als auch in Beziehung auf eigene Aburtheilung, sei es in ihrer richterlichen oder in ihrer polizeilichen *) Eigenschaft, auszuüben hatten, auf die Bezirksgerichte über, und daneben noch wird ihnen das Erkenntniß über die Forstfrevel übertragen.

§. 12.

Die Polizeibehörden behalten die Befugnisse,

a. gegen Diejenigen, welche sie in ihren Amtsverrichtungen stören, und überhaupt wegen Ungehorsams gegen ihre Anordnungen, so wie wegen Uebertretung allgemeiner polizeilicher Vorschriften, Gefängniß bis auf zwei Tage oder Geldstrafen bis auf 10 Rthlr. selbst zu erkennen, oder nach Umständen, insbesondere wenn sie eine höhere Strafe für angemessen halten, die Sache an das Bezirksgericht abzugeben.

Eben so haben die Polizeibehörden

b. die Recurse gegen Straferkenntnisse, welche der Bürgermeister innerhalb der im §. 51 der Gemeindeordnung ihm übertragenen Competenz gegeben hat, zu erledigen,

und außerdem bleibt den Verwaltungsbehörden überhaupt

c. das Recht, gegen die ihnen untergebenen öffentlichen Diener im Wege der Dienstpolizei Geldstrafen, und im Falle des §. 11 Nr. 4 der Dienerpragmatik vom 30. Januar 1819 auch Arreststrafen zu erkennen.

§. 13.

Competenz der Kreisgerichte.

Die Kreisgerichte bilden in bürgerlichen Rechtssachen die erste Instanz:

a. in allen Fällen, welche die Competenz der Bezirksgerichte nach der oben im §. 7 enthaltenen Vorschrift übersteigen, sofern nicht auf die Letztern nach §. 9 b. prorogirt wird,

b. und in den übrigen Fällen alsdann, wenn der Beklagte einen befreiten Gerichtsstand hat, und diesem nicht nach §. 39 der Prozeßordnung ein besonderer Gerichtsstand vorgezogen wird **).

*) In Straffachen ist die Aufhebung oder Beschränkung einer Competenz der Polizei- und Verwaltungsstellen weit wichtiger, als die Aufhebung der sogenannten Administrativjustiz in allen Streitsachen über das Mein und Dein.

**) In den Fällen, in welchen die Competenz der Collegialgerichte in erster Instanz im Allgemeinen begründet ist, fände also kein Privilegium mehr Statt. Privilegirte Gerichtsstände da, wo schon ein Collegium das ordentliche Gericht ist, haben gar keinen vernünftigen Sinn, und so lange dieselben noch in Fällen der Competenz eines Einzelrichters Statt finden, kann man nicht sagen, daß der Art. 14 der Bundesacte verletzt seie.

§. 14.

In zweiter Instanz erkennen die Kreisgerichte bei Appellationen gegen Urtheile der Bezirksgerichte.

§. 15.

In Strafsachen gehen diejenigen Befugnisse, welche bisher die Hofgerichte *) ausgeübt haben, auf die Kreisgerichte über, und eben so jene, welche bisher die Kreisregierungen ausübten, in letzterer Beziehung jedoch mit Vorbehalt der im §. 12 gemachten Beschränkungen.

Die Recurse gegen die Strafbescheide der Bezirksgerichte erledigen die Kreisgerichte in letzter Instanz.

§. 16.

Competenz der Appellationsgerichte.

Die Appellation gegen Urtheile, welche die Kreisgerichte in bürgerlichen Rechtssachen in erster Instanz erlassen haben, geht an die Appellationsgerichte.

§. 17.

In Strafsachen haben die Appellationsgerichte die nämliche Competenz, welche bisher das Oberhofgericht hatte.

Gegen die von den Kreisgerichten in erster Instanz erlassenen Straferkenntnisse finden die Recurse an die Appellationsgerichte ohne Beschränkung **) Statt und werden durch dieselben in letzter Instanz erledigt.

Gegen Straferkenntnisse, welche die Appellationsgerichte in erster Instanz erlassen haben, findet der Recurs eben so an das Oberappellationsgericht Statt.

§. 18.

Competenz des Oberappellationsgerichts.

Die Oberappellation in bürgerlichen Rechtssachen, ohne Unterschied, ob das Erkenntniß zweiter Instanz vom Kreisgerichte oder vom Appellationsgerichte erfolgte, geht an das Oberappellationsgericht ***).

In so weit das Erkenntniß eines Kreisgerichts von dem Appellationsgerichte bestätigt worden ist, findet eine Oberappellation dagegen nicht Statt †).

*) Kommt ein neuer Strafprozeß zu Stande, so sind hier die durch denselben nöthig werdenden andern Bestimmungen aufzunehmen.

**) Bisher hatte die Appellation gegen die Strafurtheile der Hofgerichte an das Oberhofgericht nach dem §. 21 des Strafedicts nur in so fern Statt, als der Verurtheilte seines Dienstes, den er nicht nur als Nebenbeschäftigung führte, entsetzt wurde, oder seine völlige Unschuld darthun wollte.

***) Also mit Umgehung der Appellationsgerichte. Da man nicht vier Instanzen zulassen kann, so muß man, wenn das Erkenntniß erster Instanz vom Bezirksgerichte und jenes zweiter Instanz vom Kreisgerichte gesprochen wurde, in dritter Instanz entweder das Appellationsgericht oder das Oberappellationsgericht annehmen. Da Letzteres die Rechtseinheit mehr befördert, so ist es vorzuziehen.

†) Wenn zwei gleichlautende Urtheile von richterlichen

III. Theil.
Transitorische Bestimmungen.

§. 19.

Credit für den nöthigen Aufwand.

Zur Bestreitung des durch die Errichtung von Kreisgerichten veranlaßten Mehraufwands an Besoldungen, Gehalten und Bureaukosten wird der Regierung ein einstweiliger Credit von fl. bewilligt, und eben so ein unbestimmter Credit für die in den, oben im §. 2 angegebenen, Orten für die Kreisgerichte unentbehrlichen Baulichkeiten und für die Umzugskosten.

§. 20.

Erledigung der bereits anhängigen Rechtssachen.

Die Rechtssachen, welche am Tage der Errichtung der Bezirksgerichte bei den Bezirksämtern bereits anhängig sind, werden an die betreffenden Bezirksgerichte zur Erledigung abgegeben, wenn sie gleich nach den oben im §. 7—11 enthaltenen Bestimmungen die Competenz der Letztern übersteigen würden*), oder bisher gar nicht gerichtlich behandelt wurden **).

Eben so werden die bei den Hofgerichten bereits anhängigen Strafsachen und bürgerlichen Prozesse an die betreffenden Kreisgerichte, und die Sachen, in welchen die Hofgerichte bereits erkannt haben, im weitern Rechtszug an das Oberappellationsgericht abgegeben.

Hofgericht zu Rastatt.

Rechtsfall. Die Verpflichtung zur Handlohnzahlung in Adjudicationsfällen betreffend.

Zwischen Dechant und Kapitel des ehemaligen reichsunmittelbaren Ritterstifts Odenheim und den Bevollmächtigten der ritterstiftischen Gemeinden Odenheim, Tiefenbach, Eichelberg und Rohrbach wurde unterm 11. Juni 1740 ein Vergleich urkundlich abgeschlossen, worin zu Abschneidung der Irrungen und Streitigkeiten, die sich von etlichen hundert

Collegien dem Ausspruche eines dritten, und wenn es auch das höchste ist, gegenüber stehen, so haben denn doch die erstern mehr innere Wahrscheinlichkeit der Rechtmäßigkeit für sich, daher scheint es nicht passend, gegen zwei gleichlautende Urtheile von Collegialgerichten noch einen dritten Rechtszug zu gestatten. Vielleicht dürfte aber in diesen Fällen das Oberappellationsgericht noch als ein Cassationshof erscheinen.

*) Der Einzelrichter verhandelt in andern Formen, als ein Collegialgericht, daher wäre es nicht passend, Rechtssachen, deren Verhandlung die Aemter in den Formen des für Einzelrichter vorgeschriebenen Verfahrens bereits eingeleitet haben, zur Fortsetzung des Verfahrens und zur Entscheidung an die neuen Collegialgerichte zu verweisen.

**) M. s. §. 10 Abs. 2 u. §. 11.

Jahren her hervorgethan, nebst vielen andern Punkten festgesetzt wurde:

> Den Handlohn oder Laudemium von verkaufenden Gütern zu Odenheim, Tiefenbach und Eichelberg betreffend, sollen die Gemeindsleute den in dem Vergleich de anno 1616 enthaltenen Handlohn entrichten, jedoch aber Geschwister und Geschwisterkinder davon befreit seyn, wobei Herrn Dechant und Kapitel der Gemeinden auf Begehren die alten Zins- und Lagerbücher vorzulegen versprechen und zusagen, um daraus eruiren oder ausfindig machen zu können, welche Güter mit denen Zinsen behaftet seien oder nicht.

Gestützt auf diese Urkunde nahm der großh. Domänenfiscus die Handlohngebühr mit 2 kr. vom Gulden an eine Anzahl Hypothekgläubiger, theils einzeln, theils in Streitgenossenschaften, in Anspruch, denen vor mehreren Jahren ihre in Tiefenbacher Gemarkung gelegenen unterpfändlichen Grundstücke an Zahlungsstatt waren adjudicirt worden.

Das Amt Eppingen, als Richter erster Instanz, wies die Namens des Fiscus klagende Domänenverwaltung Unter-Owisheim mit der Klage ab,

> weil die Handlohnsforderung aus einem belasteten Vertrag entstanden sei, ein solcher Vertrag aber strictissime interpretirt, ja im Zweifelsfalle sogar gegen den Gläubiger ausgelegt werden müsse. Die vorgelegten beiden Urkunden sprächen nur davon, daß bei Verkäufen Handlohn zu entrichten sei, könnten daher auf Adjudicationen um so weniger ausgedehnt werden, als Adjudicationen und Käufe Rechtsgeschäfte von ganz verschiedener Art seien.

In einer dieser connexen Rechtssachen, wo die Zinspflichtigkeit des betreffenden Grundstückes nicht widersprochen war, daher gleich definitiv erkannt werden konnte, erließ auf ergriffene Appellation des Fiscus der Gerichtshof folgendes Urtheil:

In Erwägung, daß zwar die Summe der Berufung (die Handlohnsforderung betrug 44 fl. 40 kr.) nicht vorhanden zu seyn scheint, es sich aber hier von der Fortwirkung der Ansprüche, auch in künftigen Veräußerungsfällen von den Käufern der in Frage stehenden Liegenschaft Handlohn zu erheben, handelt, daß diesem nach nicht der Betrag der eingeklagten Forderung, sondern der Güterwerth, nach §. 1175 Nr. 3 der Prozeßordnung in Anschlag zu bringen, folglich sogar die ordentliche Appellation hier zuläßig ist *);

*) Es wird dieß lediglich davon abhängen, wie das verworfene Klagbegehren lautete. Wurde nicht nur verlangt, daß der Beklagte zur Zahlung der fälligen Handlohnsforderung von 44 fl. 40 kr. verfällt werde, sondern wurde zugleich begehrt, daß ausgesprochen werde, es stehe der Klägerin das Recht zum Handlohn überhaupt auch

In Erwägung, daß das Recht des großh. Domänenfiscus, als Rechtsfolger des Ritterstifts Odenheim, von den in den Gemeinden Odenheim, Tiefenbach und Eichelberg zur Veräußerung kommenden Liegenschaften Handlohn zu erheben, sich auf eine Vergleichsurkunde vom 11. Juni 1740, abgeschlossen zwischen Dechant und Kapitel des Ritterstifts Odenheim und den vorgenannten Gemeinden, rückbezüglich auf eine ältere Urkunde vom Jahr 1616 gründet, welche Urkunde theils in beglaubter alter Abschrift, theils in Urschrift vorgelegt und von dem beklagten appellantischen Anwalt als ächt anerkannt, gegen deren Beweiskraft jedoch eingewendet worden ist, daß aus denselben nicht hervorgehe, daß das fragliche Haus im Besitze eines der Unterschriebenen zur Zeit der Ausstellung der Urkunde gewesen sei, und sonach die Verpflichtung, einen Handlohn zu entrichten, sich auf den dermaligen Besitzer erstrecke;

In Erwägung jedoch, daß nach dem deutlichen Inhalt der Vergleichsurkunde nicht ein Consortium der Besitzer zinspflichtiger Güter, sondern die genannten Gemeinden des Ritterstifts Odenheim durch ihre Bevollmächtigten die längst bestandene Verbindlichkeit erneuert haben, von ihren mit Zinsen behafteten Gütern im Falle des Verkaufes den Handlohn oder das Laudemium zu entrichten, wovon nur Geschwister und Geschwisterkinder befreit seyn sollen;

In weiterer Erwägung, daß beklagter Appellat die Anwendbarkeit der maßgebenden Vertragsbestimmung auf solche Liegenschaften, welche nicht durch Kauf, sondern durch Adjudication auf einen andern Eigenthümer übergehen, in Abrede stellt, und als Rechtsähnlichkeit die Befreiung von Accise und Kaufbriefssporteln in Adjudicationsfällen für sich anruft;

In Erwägung dagegen, daß das Laudemium nach deutschem Recht eine Grundlast, und in Ermangelung eines andern Beweises als eine Obereigenthumsrecognition zu betrachten ist, welche in dem Fall entrichtet werden muß, wo das ganze bisherige Recht des Grundbesitzers oder Censiten an einen andern Erwerber gelangt, überall, wo eine wahre Veräußerung vorhanden ist, gleich viel ob durch Kauf, Tausch oder jeden andern Veräußerungstitel, daher die Abgabe auch nur an Denjenigen, in dessen Hand das Gut übergegangen, gefordert werden kann;

In Erwägung, daß die Adjudication, als eine Art Zwangsverkauf, einer Veräußerung durch freiwilligen Kauf oder öffentliche Versteigerung gleich zu stellen ist, wobei aus dem Umstande, daß der Staat kraft seines Besteuerungsrechtes in solchen Fällen auf Accise und Kaufbriefssporteln verzichtet, kein Schluß Statt findet, daß derselbe auch nicht als Obereigenthümer von Zinsgütern die ihm durch besondere Verträge vorbehaltenen Abgaben zu fordern berechtigt sei;

In Erwägung, daß durch die allein ausgedrückte Ausnahme der Geschwister und Geschwisterkinder die Regel, daß jeder sonstige Erwerber handlohnpflichtig sei, sogar befestigt wird;

In Erwägung endlich, daß die Einrede der fünfjährigen Verjährung um deßwillen unstatthaft ist, weil es sich hier nicht von einem in Jahreszielern fälligen Zinse handelt;

wird abändernd zu Recht erkannt, daß beklagter Appellat für schuldig zu erklären sei, den eingeklagten Handlohnsbetrag von dem ihm heimgewiesenen Grundstücke binnen vier Wochen zu bezahlen.

Thilo.

Rechtsfall über die Zuläßigkeit eines Eides gegen den Inhalt einer Urkunde, und nach Statt gehabtem Beweisverfahren in erster Instanz.

Die Gemeinde Hilsbach verpachtete an einen Steuerperäquator Wirth ihre Schäferei von Michaeli 1827 an auf sechs Jahre, verlangte aber im Frühjahr 1832 von ihm, daß er die Bestandgüter im Flur Riechen und Adelshofen jetzt schon räume, indem ihm diese Güter schon vor dem Anfang des Pachts, nämlich schon im Frühjahr 1827 unter der Bedingung übergeben worden seien, daß er sie auch vor Ablauf seiner Pacht, nämlich im Frühjahr 1832 wieder zurückgebe. Es seie dieses nach abgeschlossenem Protocoll über die Verpachtung mündlich mit ihm so verabredet worden. Der beklagte Pächter weigerte sich des Abtretens der fraglichen Güter, läugnete die mündliche Verabredung über die Zurückgabe, und nachdem die Klägerin den Beweis durch Zeugen angetreten hatte, ward solcher verworfen, und sie mit ihrer Klage abgewiesen. Sie appellirte dagegen, und schob dem Beklagten den Haupteid dahin zu: er solle schwören, daß ihm der Genuß der Güter im Flur R. und A. nicht schon im März 1827 zugesichert und übergeben worden, daß er sie nicht auch alsbald benutzt habe, und daß ihm dagegen nicht die Bedingung gemacht worden seie, diese Güter wieder auf Michaeli 1832 zurückzugeben.

Gegen die Zuläßigkeit dieses Eides, so wie gegen die Rich-

---

in Adjudicationsfällen zu, so war die Appellation allerdings zuläßig. Wurde aber kein solcher *Ausspruch* über das *Recht an sich*, sondern nur die Zahlung der fälligen Beträge verlangt und gegeben, so kann der Umstand, daß gleichwohl über das Recht *an sich* gestritten wurde, und von der Ansicht hierüber auch die Entscheidung über die specielle Forderung lediglich abhieng, die Zuläßigkeit der Appellation nicht begründen, da es nicht darauf ankommt, wie weit der *Grund* einer Entscheidung gehe, sondern nur, wie weit die *Entscheidung selbst* gehe, ob sie nämlich wirklich auf das Recht überhaupt sich nicht nur in ihren *Motiven*, sondern auch in ihren *Bestimmungen* erstrecke.

D. R.

tigkeit der Eidesformel erhob der beklagte Appellat Einwendungen, es ward daher nach §. 582 hierüber Tagfahrt anberaumt, und durch Zwischenurtheil der Eid zugelassen, jedoch auf die Thatsache der mündlichen Verabredung über die Zurückgabe der fraglichen Güter auf Michaeli 1832 beschränkt. Folgendes waren die Entscheidungsgründe:

Es ist unter den Parteien anerkannt, daß in dem Protocoll über die Verpachtung der Schäferei, also in der Vertragsurkunde der Parteien, die Bedingungen der Uebergabe der fraglichen Güter im Frühjahr 1827 und ihre Rückgabe im Frühjahr 1832 nicht enthalten sind, sie sollen mündlich gemacht worden seyn, und Beklagter behauptet deßhalb, der darauf gerichtete Eid seie, als gegen den Inhalt einer vollbeweisenden Urkunde laufend, nach L. R. 1360 a. und §. 570 der Prozeßordnung unzuläßig. Allein nach L. R. S. 1360 und §. 568 der Prozeßordnung kann der Eid in jeder Lage und Art von Rechtsstreitigkeiten über zuläßige Vertheidigungsmittel zugeschoben werden, der L. R. S. 1360 a. und §. 570 der Prozeßordnung ist eine Ausnahme dieser Regel, und muß daher beschränkend ausgelegt und angewendet werden. Wenn es nun darin heißt, der Eid finde nicht gegen den Inhalt einer Urkunde Statt, so wird vorausgesetzt, daß der thatsächliche Grund des Eides zu seiner Unzuläßigkeit gerade das Gegentheil dessen enthält, was als ausgedrückter Inhalt in der Urkunde steht, und daß also beider Inhalt in einem vollständigen Widerspruch sich befinden. Enthält aber der Eid einen sich zwar auf das in der Urkunde aufgenommene Rechtsverhältniß sich beziehenden Thatumstand, der aber in der Urkunde nicht erwähnt ist, so ist er nicht gegen den Inhalt der Urkunde gerichtet, er soll denselben nicht als in sich falsch, sondern nur als unvollständig darstellen, und in so fern ist er zuläßig. Es folgt dieß daraus, daß der Eid selbst dann gegen den Inhalt einer Urkunde zuläßig ist, wenn sie als verfälscht angegriffen wird, nun nennt man aber in einer Urkunde das verfälscht, was in seinem Inhalt das gerade ex dolo mala entgegengesetzte, anders dargestellte dessen ist, was wirklich die Absicht und der Zweck des Vertrags war, wird aber etwas behauptet, was dieser Absicht nicht zuwiderläuft, sondern sie nur nach einer nachgefolgten Willenserklärung der Parteien verbessert, vervollständigt, so ist die Nachtragung dieser Willenserklärung kein Angriff auf die Urkunde als verfälscht, sondern die Urkunde wird nur als unvollständig dargestellt, und diese Unvollständigkeit kann unbeschadet der Aechtheit der Urkunde durch den Eid erhoben und bewiesen werden. Es wird dieses noch durch den L. R. S. 1341 zur Unwidersprechlichkeit dargethan, denn dieser läßt die Zeugen weder gegen den Inhalt noch zur Ergänzung des Inhalts einer Urkunde als Beweismittel zu. Er unterscheidet also sehr wohl zwischen dem Zweck eines Beweismittels zur Erhebung eines Thatumstands gegen den ausgedrückten Inhalt einer Urkunde, und zwischen jenem zur Ergänzung dieses Inhalts, für beide Zwecke wird das vom Gesetzgeber nicht begünstigte Beweismittel der Zeugen ausgeschlossen, dagegen begünstigt der Gesetzgeber das Beweismittel des Eides, er erklärt ihn nur gegen den Inhalt einer Urkunde für unzuläßig, und läßt ihn also zum Zweck der Ergänzung des Inhalts einer Urkunde zu. Hier nun soll mit dem Eid nichts gegen den Inhalt der Vertragsurkunde bewiesen werden, sondern es soll damit eine mündliche erst nach Abschluß der Vertragsurkunde getroffene Verabredung über einen Umstand der Uebergabe und Zurückgabe von Güterstücken dargethan werden, der nichts ausdrücklich in der Urkunde Enthaltenes entgegen steht, und es ist daher dieser Eid als zuläßig zu betrachten.

Daß er unzuläßig seie, weil er nicht in erster Instanz gebraucht worden und weil jetzt keine Restitution nachgesucht werde, ist unbegründet. Wenn es auch richtig ist, daß die Beweisführer in erster Instanz selbst erklärten, sie wüßten zu dem ihnen auferlegten Beweis nur Zeugen zu benennen, wenn ihnen auch im Zwischenbescheid der Ausschluß anderer nicht vorgebrachter Beweismittel angedroht wurde, so ist es eben so richtig, daß dieser Ausschluß weder im Endurtheil noch sonst wo ausgesprochen wurde. Nun ertheilt aber der §. 1221 der Prozeßordnung den Parteien das Recht, in appellatorio neue Beweismittel vorzubringen, wenn sie deren nach §. 6 nicht kraft eines Versäumungs- resp. Ausschlußerkenntnisses für verlustig erklärt worden sind, und ein solches Erkenntniß ist hier nicht ergangen. Die §§. 409, 575 stehen den Beweisführern nicht im Wege, denn sie beziehen sich nur auf die Unzuläßigkeit jenes Beweismittels, welches in der nämlichen Instanz, wo der Prozeß liegt, nicht in der anberaumten Beweisfrist vorgeschlagen wurde, ein Ausschluß dieses Beweismittels, und eine Pflicht, dagegen Restitution nachzusuchen, ist für die folgende Instanz und für das dort vorkommende Beweisverfahren daraus nicht zu entnehmen.

Dagegen erscheint die Eidesformel hinsichtlich der darin enthaltenen Umstände über die Abgabe und Benutzung der Güter seit Frühjahr 1827 unerheblich, denn da diese Benutzung jedenfalls mit der Kläger Einwilligung geschah, so verbindet sie den Beklagten zu keinem Ersatz an die Kläger. Daß er sie aber auch im Frühjahr 1832 herausgeben müsse, folgt daraus allein nicht, indem das Pachtprotocoll für die Dauer des Pachts im Allgemeinen sechs Jahre vom Spätjahr 1827 an festsetzt, ohne über die frühere Rückgabe einzelner Güter etwas zu bedingen. Diese frühere Rückgabe folgt allein nur aus der behaupteten mündlichen Verabredung, und sie ist daher allein in die Eidesformel aufzunehmen. Der frühere Empfang der fraglichen Güter im Frühjahr 1827

könnte höchstens eine weit hergeholte Vermuthung für die Abtretung im Frühjahr 1832 folgern, allein solche Vermuthung wäre nach L. R. S. 1353 unzulässig.

Sander.

Ein Muster von Versäumungserkenntniß.

Maurer gegen Erb.

Von dem Gegenstand des Prozesses ist hier nur so viel zu wissen nöthig, daß die Klage auf Rescission eines Miethvertrags gerichtet war. Statt sich darauf, dem angedrohten Präjudiz gemäß, sogleich einzulassen, schützte der Beklagte vordersamst einige prozeßhindernde Einreden vor und bat, erst darüber zu verhandeln und zu erkennen; der Kläger, hierüber vernommen, ließ es sich angelegen seyn, die erhobenen Anstände zu beseitigen und trug demnächst darauf an, den Beklagten nunmehr zur Antwort auf die Klage unter Androhung des im §. 253 der Prozeßordnung ausgedrückten Rechtsnachtheiles aufzufordern. Dieß geschah. Der Beklagte remonstrirte zwar dagegen, jedoch ohne Erfolg, indem es bei jenem Beschluß sein Verbleiben behielt. Gegen diese Inhäsivverfügung zeigte er die Appellation an; es half aber nichts. Wie er nun der wiederholten Auflage, sich einzulassen, wieder nicht genügte, so resolvirte das Untergericht auf Anrufen des Klägers:

> „Da der Beklagte der ergangenen Auflage in der dazu bestimmten Frist nicht genüget hat, so wird nunmehr der Vortrag des Klägers für eingestanden und jede Schutzrede des Beklagten für versäumt erklärt, welches demselben mit dem Anfügen bekannt gemacht wird, daß nunmehr der Bescheid erfolgen werde!!!"

Zugleich erhielt die Registratur die Weisung, die Acten wieder vorzulegen, wenn dieser Beschluß expedirt seyn wird.

Auf Reproduction der Acten erfolgte dann zehn Tage später ohne weiteres das Urtheil in der Hauptsache, wogegen der Kläger, da es nicht ganz nach seinem Begehren ausfiel, die Berufung an das unterrheinische Hofgericht eingeführt hat.

Der Anwalt des Beklagten hingegen weigerte sich, in der Publicationstagfahrt das Urtheil anzuhören, weil die früher von ihm angezeigte Berufung noch nicht erledigt, auch solche noch nicht für verfallen erklärt sei, so daß er sie noch immer rechtfertigen könne.

Bis jetzt ist indessen eine Beschwerdeschrift des Beklagten noch nicht eingekommen, wohl aber jene des Klägers bereits zur schriftlichen Vernehmlassung hinausgegeben worden.

Der Fall verspricht interessant zu werden. Um aber dem Urtheil der zweiten Instanz nicht vorzugreifen, beschränkt man sich einstweilen auf gegenwärtige Andeutung.

Bayer.

Kann eine Ehrenkränkungsklage dann angebrachtermaßen verworfen werden, wenn die Ehrenkränkung in Abwesenheit des Gekränkten sich zugetragen hat, und nun aus der Klage nicht zu ersehen ist, wann der Kläger zur Kenntniß der Injurie gelangt ist, und weil nun daraus auch nicht zu ersehen ist, ob die angeblich verübte Injurie schon verjährt ist oder nicht?

Diese Frage wurde in einem bestimmten Falle vom Großherzogl. Hofgericht der Seeprovinz bejahend beantwortet. Ich glaube nun aber, daß die verneinende Beantwortung der Frage die richtige ist.

Der Kläger hat zuverläßig nur die Thatsachen anzuführen, durch die das Vergehen der Ehrenkränkung begründet ist, er hat z. B. nur mit der nöthigen Bestimmtheit anzuführen, der Beklagte hat mich den 10. Octbr. 1832 in dem Wirthshause des Peter einen Dieb genannt. Es ist sodann Sache des Beklagten, zu erwiedern: Ja, dieß ist wahr, allein die Klage ist jetzt (den 11. Octbr. 1833) verjährt, worauf sodann der Kläger repliciren wird: Die Beschimpfung wurde gegen mich, ohne daß ich dabei war, ausgestoßen, und ich bin erst durch Jacob den 11. Juni 1833 zur Kenntniß dieser Beschimpfung gelangt.

Die Richtigkeit dieser Ansicht, da im §. 13 des Ehrenkränkungsedicts nur von einer Verjährung *) der Ehrenkränkungsklagen gesprochen wird, könnte nicht beanstandet werden, wenn die Ehrenkränkungsklage ganz ins Privatrecht wäre hinübergezogen worden, wo unbedingt das Princip des Verzichts auf alle Rechte und Rechtsmittel gilt, und wenn nicht bei dieser Klage Privat- und Strafrecht gemischt zur Anwendung kämen. Weil nun aber doch im Gesetze zugegeben ist, daß man auf die Klage und Strafe verzichten kann, so muß auch zugegeben werden, daß der Beklagte auf seine Vertheidigungsmittel, somit auf Einreden verzichten darf, und daß der Richter nicht befugt ist, ex officio diese Einreden zu supliren.

X. S.

*) Keineswegs! — Der §. 13 sagt vielmehr: „die Klage findet nicht mehr Statt, wenn seit der Verübung der Beleidigung sechs Monate verflossen sind." D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 6. Karlsruhe den 8. Februar 1834.

Bemerkungen über den Thatbestand der Wilderei.

Während unsere Strafgesetzgebung eine außerordentliche, rücksichtlich mancher Verbrechen vielleicht zu große Milde zeigt, enthalten ihre Vorschriften über Bestrafung der Wilderei eine auffallende Ausnahme hievon. Die für dieses Verbrechen gedrohten Strafen stehen in keinem richtigen Verhältnisse zu jenen, womit ähnliche Gesetzübertretungen geahndet werden sollen.

Die meiste Aehnlichkeit mit der Wilderei bietet ein Diebstahl mit Waffen. Dieser kann, wenn keine Gewaltthätigkeit an Personen verübt wurde, selbst in dem Falle, wenn mehrere Bewaffnete den Diebstahl verübten, wenn sie dabei maskirt waren und wenn das entwendete Object nur keinen höhern Werth als 120 fl. hatte, nur mit zwei Jahren Zuchthaus bestraft werden. Strafedict §. 74.

Dagegen sollen Wilderer, wenn sie bewaffnet, maskirt und in Gesellschaft betreten wurden, wenn sie sich dem Jagdpersonale nicht widersetzten, sondern entflohen und wenn sie auch für keinen Kreuzer Werthes sich zugeeignet haben, zu fünf Jahren und falls sie nicht maskirt waren, zu vier Jahren Zuchthaus verurtheilt werden. Strafedict §. 91.

Wenn bewaffnete Diebe zur Sicherung ihrer Flucht sich durch Drohungen oder Anwendung von Gewalt widersetzen, also ihr Verbrechen nicht unter den Begriff des Raubs fällt, welcher immer einen, der Bemächtigung fremden Eigenthums vorangehenden oder diese begleitenden, nicht aber einen nachgefolgten Angriff auf Personen erfordert, (Strafedict §. 67. Tittman, Handbuch §. 466), so kann nur eine in der Regel nicht sehr beträchtliche Schärfung der sonst zu erkennenden zweijährigen Zuchthausstrafe eintreten. Selbst einen Raub (so weit er unter obigen Voraussetzungen und nur durch Drohungen oder Anwendung unbedeutender Gewalt bewirkt wird), mag er auch von mehreren maskirten und bewaffneten Personen verübt worden seyn, bestraft das Gesetz nur mit fünf Jahren Zuchthaus.

Dagegen will es schon bei der geringsten Widersetzlichkeit der Wilderer, welche maskirt, bewaffnet und in Gesellschaft betreten werden, eine zehnjährige Zuchthausstrafe erkannt wissen.

Obgleich die genannten Verbrechen für Leben und Eigenthum eben so gefährlich sind, als die Wilderei, so erscheinen doch die Strafen der Letztern mindestens doppelt so strenge, als die des Diebstahls mit Waffen und des geringern Grades von Raub. Es ist daher doppelte Pflicht des Richters, jene unverhältnißmäßig harten Strafen nur dann zur Anwendung zu bringen, wenn alle gesetzlichen Merkmale, welche den Begriff der Wilderei bilden, auf das Vollständigste nachgewiesen sind.

Weder §. 91 des Strafedicts, noch das provisorische Gesetz vom 4. Decbr. 1823 (Regbl. Nr. XXIX) haben eine genügende Definition der Wilderei gegeben; doch hat das letzterwähnte Gesetz die Merkmale beschrieben, welche zu deren Thatbestand gehören. Es bemerkte im §. 1, daß namentlich ein vorsätzlicher, unbefugter Jagdeingriff, besonders in Waldungen, und damit zugleich eine besorgliche Gefährdung von Menschenleben vorhanden seyn müsse. §. 3 Abs. a. detaillirt diese Bestimmungen, indem er vorschreibt, daß der Richter bei Aburtheilung eines Jagdvergehens, um zu ermitteln, ob es peinlicher Natur sei:

1) auf die persönlichen Eigenschaften und das Benehmen des Angeschuldigten und

2) „hauptsächlich" auf die Beschaffenheit der Ladung des Gewehrs, sodann auf Ort und Zeit und die Beschaffenheit des Gewehrs selbst Rücksicht nehmen soll.

Aus der Verbindung dieser Gesetzesstellen läßt sich nun ersehen, daß zum Thatbestand der Wilderei gehöre:

1) Daß das Jagdrecht eines Dritten durch einen nicht zur Ausübung der Jagd Berechtigten vorsätzlich verletzt werde. Das Gesetz hat zwar nicht näher bestimmt, welchen Grad jene Verletzung des Jagdrechts erreicht haben müsse. Es dürfte aber hier nicht die Besitzergreifung eines Wildes (wie z. B. nach der Theorie von Tittmann Strafrecht §. 453) erforderlich seyn, sondern schon an geringern, die Anmaßung eines Jagdrechts darthuenden Handlungen, z. B. Auflauern auf Wild, genügen.

2) Daß der unbefugter Weise Jagende mit einem Gewehre bewaffnet war. Von der im §. 91 des Strafedicts erwähnten Wilderei ohne Waffen wird nach dem neuern Gesetze, außer in so weit, als das Hinwegwerfen der Waffen beim Erblicken der Jagdaufseher eine Strafmilderung bewirkt, nicht mehr die Rede seyn können.

Die unter Nr. 1 und 2 angeführten Merkmale characterisiren für sich die Wilderei noch nicht, da auch bei Jagdfreveln die Verletzung des Jagdrechts eines Dritten vorhanden ist, und die Bewaffnung bei Jagdfreveln und Jagdercessen Statt haben kann.

Gesetz von 1823 §. 3 Abs. f. g. §. 4.

Das wesentlichste Merkmal ist

3) die Gefährlichkeit. Soweit dieselbe

a. aus der Zeit entnommen werden soll, wird das Jagen bei Nacht insbesondere als gefährlich gelten können; da alsdann der etwa angegriffene Jagdaufseher fremder Hülfe muthmaßlich entbehren müßte, sich selbst aber auch nicht so leicht, wie bei hellem Tag, vertheidigen könnte.

b. Was den Ort betrifft, so muß die Verletzung des Jagdrechts in einem gefriedeten Walde geschehen.

Gesetz von 1823 §. 1, §. 3 f. α. §. 4.

c. Da jene Gefährlichkeit aber, nach §. 3 Abs. a. „hauptsächlich" auch aus der Beschaffenheit der Ladung des Gewehrs erwiesen werden soll und §. 3 Abs. c. noch besonders, eine „gewaltthätige" Verletzung des Jagdrechts begehrt, welche mit einem ungeladenen Gewehre kaum denkbar ist, so gehört zuverläßig zum Thatbestande der Wilderei, daß der Angeschuldigte ein geladenes Gewehr bei sich hatte, als er das fremde Jagdrecht in einem Walde verletzte.

Wenn nun in einem gegebenen Falle nicht alle die so eben erwähnten Thatsachen erwiesen sind, und wenn insbesondere der vom Gesetze zur ganz vorzüglichen Berücksichtigung dem Richter empfohlene letzte Punkt, nämlich die Ladung des Gewehrs, weder durch Geständniß, noch durch Auffinden des Gewehrs in diesem Zustande, noch dadurch hergestellt werden kann, daß Zeugen den Angeschuldigten zur Zeit, als er die Wilderei verübt haben soll, schießen sahen oder schießen hörten, so fehlt es an der Gewißheit des Thatbestands der Wilderei, der Inculpat kann dieser nicht schuldig erklärt werden *).

Kirn.

*) Anlaß zu diesen Bemerkungen gab ein Criminalfall, in welchem nur nachgewiesen werden konnte, daß zwei Individuen mit Gewehren hinter einem Busche im Walde standen, und als sie sich bemerkt glaubten, die Flucht ergriffen. Der Beweis, daß die Gewehre geladen waren, wurde nicht geführt.

Hofgericht zu Rastadt.

Rechtsfall. Zinsschuldigkeit aus einem Legatum proprii debiti.

Amtsrevisor B., der mit Hinterlassung zweier eigenhändigen Testamente verstorben war, hatte in einem derselben folgende Verfügung getroffen:

„Obgleich der Unterfertigte seinen lieben himmlischen Vater jeden Augenblick um glückliche Beendigung seines irdischen Lebens bittet, so hält er doch auch seine ewigen Rathschlüsse für unerforschlich. Aus dieser Betrachtung, und damit er nicht etwa eine ewige Verantwortung zu seiner Schuld behalte, legt er gegenwärtige Erklärung bei seinen Papieren über sein rücklassendes Vermögen nieder: als

1) gehöre dasjenige Capital ad 700 fl., welches sich auf seinen Namen bei Andreas H. angelegt befinde, so wie

2) jenes bei der Gemeinde E. ad 510 fl. seiner Haushälterin Josepha Z., als welche sich dieses Geld an Liedlohn und Trinkgeldern erspart, gehörig sei" u. s. w.

Die Erben der gleichfalls verstorbenen Josepha Z. nahmen nun nebst der Hauptsumme der beiden Capitalien auch die daraus vom Tage der Anlegung an verfallenen und weitern Zinsen in Anspruch. Der Unterrichter hatte in ihrem Sinn erkannt, beim Obergericht wurde aber

in Erwägung, daß die Verfügungen des Amtsrevisors B. vom 21. August 1816 und 26. Octbr. 1821 anerkannter Weise als letztwillige Disposition zu betrachten sind, und als solche erst durch den Tod des Erblassers unwiderrufliche Rechtskraft erlangt haben,

daß mit diesen Verfügungen nur die beiden Capitalien ad 700 fl. und resp. 510 fl., nicht aber auch die von dem Erblasser aus diesen Capitalien gezogenen Zinsen als Eigenthum der Josepha Z. erklärt, resp. dieselben als Vermächtniß zugewendet worden sind;

daß auch die vermuthliche Absicht des Erblassers nicht auf Zuwendung der gedachten Zinsen an die Erben der Josepha Z. gegangen seyn kann, indem der erstere andernfalls hierüber entweder ausdrücklich letztwillig verfügt, oder die Zinsen der Josepha Z. unter Lebenden abgetreten haben würde, während derselbe solche vielmehr bis zu seinem Tode selbst bezogen hat,

das unterrichterliche Urtheil dahin abgeändert, daß die Kläger mit dem Anspruche der Zinsen von den beiden Capitalien vom 27. August 1815 und resp. 1. März 1815 bis zum Tage der Klage lediglich abzuweisen seien.

Die Minorität war aus folgenden Gründen der entgegengesetzten Meinung.

Das Legatum proprii debiti ist nach gemeinem Rechte nur dann von Wirkung, wenn plus in legato quam in debito est. §. 14. J. de leg. §. 11. §. 25. D. de liber. leg. Was also der frühere Schuldtitel Mangelhaftes haben mochte, ist für den Gläubiger nunmehr verbessert, es bedarf daher auch gegen seinen Willen der Vorlegung seines frühern Schuldtitels nicht, und er ist davon um so mehr losgezählt, wenn er, wie in unserm Falle, gar nicht im Besitz einer Schuldurkunde gewesen seyn sollte. Er erwirbt ferner die Befugniß, sofort, unbedingt, ohne den gegen ihn Statt gefundenen Einreden unterworfen zu seyn, sein Recht geltend zu machen, und gegen die Erben die Existenz der Schuld zu beweisen (Thibaut P. R. §. 755).

Alles dieses folgt ungezwungen aus der Natur der Sache, es stimmt damit aber auch unser Landrecht überein: nach L. R. S. 1338 ist das Vermächtniß einer eigenen Schuld noch jetzt wie ehemals als Genehmigung der Schuld, mithin als Beseitigung ihrer Anstände zu achten, wenn die dazu nöthigen Nebenumstände zusammentreffen (Brauer Thl. V. S. 295).

Allerdings war der Wille des Testirers während der Dauer seines Lebens widerruflich; allein gerade dadurch, daß er von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht, hat er seinen festen Entschluß zu erkennen gegeben, seinen Legatar (proprii debiti) in den Stand zu setzen, daß er, ohne Beihülfe eines andern Rechtstitels, durch die bloße testamentarische Verfügung, die Existenz seiner Schuldforderung gegen die eingesetzten Haupterben beweisen könne.

Dieselbe war jedoch keine unmittelbare, unbeurkundete Schuld des Erblassers, in welchem Falle von einer Zinsschuldigkeit, so wenig ex pacto als ex lege oder ex mora die Rede seyn könnte. Vielmehr möchte man beim ersten Anblicke sogar zweifeln, ob es sich hier überhaupt nur von einem Legatum proprii debiti handle, da der Testirer über zwei auf seinen Namen ausgestellte Pfandurkunden verfügt, also anscheinlich ein Legatum speciei ausgesetzt hat. Genauer erwogen aber, wird man in der Verfügung des Testirers zunächst das Bekenntniß finden, daß er bisher im Besitz und Genuß von zwei Pfandurkunden gewesen sei, auf welche er keinen rechtlichen Anspruch zu machen hatte, daß diese vielmehr vom ersten Augenblick ihrer Bestellung an fremdes Eigenthum gewesen seien; er erklärt dieß, und sich dafür zum Ersatz verpflichtet, in einer Form, welche für sich allein zum Beweise der Existenz dieser Verpflichtung hinreicht, und er giebt zugleich zu erkennen, daß er sich für einen Besitzer malæ fidei halte, letzteres in den Worten, „damit er nicht etwa" ꝛc., worauf unmittelbar die Erklärung folgt, daß das Capital ad 700 fl. bei Andreas H. so wie jenes ad 510 fl. bei der Gemeinde E. der Josepha Z. gehöre, welche sich dieses Geld erspart habe.

Aber auch ohne jenes ziemlich unumwundene Bekenntniß, liegt das Zugeständniß einer mala fides schon in dem dem Testirer bewußten, und von ihm angeführten Thatumstande, daß er die beiden Capitalien aus den Ersparnissen der Josepha Z. anlegte, sie gleichwohl nicht auf ihren, sondern auf seinen Namen hat ausstellen lassen, und die Zinsen davon bis zu seinem Tode fort bezog. Nach den L. R. S. 549 und 550 stellt sich hierdurch seine Eigenschaft als unredlicher Besitzer, und die Verbindlichkeit, die Früchte mit der Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, unzweifelhaft her. Auch der L. R. S. 1996, nach welchem der Gewalthaber kraft Gesetzes verpflichtet wird, dem Gewaltgeber die Summen, die er in seinem Nutzen verwendet, von dem Tage der Verwendung an, zu verzinsen, spricht für diese Ansicht: der Testirer wird hiernach schon kraft seines Bekenntnisses, die Capitalien aus fremdem Eigenthum, dessen Verwalter (oder auch allenfalls nur Geschäftsführer, vergl. L. R. S. 1372) er gewesen, angelegt zu haben, zur Verzinsung verpflichtet, ohne daß es nöthig wäre, zu untersuchen, ob er als malæ fidei possessor anzusehen sei, oder nicht.

Thilo.

Urtheil.

In Sachen der Freiinnen Mariane und Elise von Göler, Restitutionskläger, gegen die Freiherren Ludwig und Friedrich von Göler in Karlsruhe, Restitutionsbeklagten; Herausgabe von Lehensgütern betreffend.

In Anbetracht, daß von Seiten der Restitutionskläger den 20. August 1832 gegen das diesseitige hofgerichtliche Erkenntniß vom 16. Juni 1829 das Rechtsmittel der Wiederherstellungsklage vorläufig angezeigt ward, sich aber zur wirklichen Ausführung derselben noch weitere Frist erbeten wurde, diese Ausführung aber, und damit die wirkliche Wiederherstellungsklage erst den 23. Decbr. 1832 eingereicht, und darin wegen des Sterbens des Beistandes der Freiin Mariane von Göler und des Ehemanns der Freiin Elise von Göler, des August von Barth, um Restitution gegen etwaige Versäumniß gebeten wird, die Restitutionsbeklagten aber um Verwerfung der Wiederherstellungsklage als in rechter Zeit nicht angebracht anstehen.

In Erwägung, daß der Rechtsstreit der Parteien, in welchem die Wiederherstellungsklage erhoben wird, in letzter Instanz den 18. Mai 1832 bei dem Oberhofgericht entschieden ward, demnach von da an also unter der Herrschaft der neuen Prozeßordnung die Zuläßigkeit der Wiederherstellungsklage zu beurtheilen ist, was jedenfalls schon deßhalb eintritt, weil sie den 20. August 1832 angezeigt und den 23. Decbr. 1832 erhoben ist.

In Erwägung, daß die Wiederherstellungsklage hier auf

das Auffinden entscheidender Urkunden begründet wird, demnach zufolge des §. 1253 der Prozeßordnung binnen 42 Tagen von der Kenntniß dieser Urkunden erhoben werden muß, solche 42 Tage aber von der Anzeige der Wiederherstellungsklage vom 20. August, wenn erst an diesem Tage die Kenntniß der Urkunden erlangt wäre, bis zur Erhebung der Wiederherstellungsklage am 23. Decbr. längst umflossen sind, eine gleiche Verspätung aber auch in Berücksichtigung des §. 1260 der Prozeßordnung eintritt, indem die darin vergönnte Frist von 28 Tagen von der Anzeige der Wiederherstellungsklage vom 20. August bis zur Einführung derselben am 23. Decbr. 1832 abermals längst verlaufen ist, man auch die Eingabe vom 20. August 1832 nicht als die Wiederherstellungsklage selbst betrachten kann, indem sie als Anzeige der Wiederherstellungsklage gestellt ist, jeder Klagbitte überdieß entbehrt, und demnach, wollte man sie als Wiederherstellungsklage betrachten, nach §. 1260 der Prozeßordnung hätte angebrachtermaßen verworfen werden müssen, wo sodann die Frist dieses Paragraphen von 28 Tagen abermals gelaufen und verflossen wäre.

In Erwägung, daß eine Wiederherstellung wegen versäumter Fristen der Wiederherstellungsklage nicht erlangt werden kann, indem das außergewöhnliche Rechtsmittel der Wiederherstellungsklage einen schon unter den Parteien geführten Rechtsstreit voraussetzt, worin bereits die gewöhnlichen Wiederherstellungsgesuche vergönnt waren, die Vorschriften über die Wiederherstellungsklage aber nirgends einer Wiederherstellung gegen die dabei versäumten Fristen erwähnen, und sie bei der Außergewöhnlichkeit des Rechtsmittels nicht aus dem gewöhnlichen Verfahren erläutert werden dürfen, was um so mehr anzunehmen ist, als ja hier schon ein rechtskräftiges Erkenntniß vorliegt, also bei der einmal geschehenen Beendigung des Rechtsstreites es im Interesse der Rechtssicherheit Aller liegt, dieses Ende aufrecht zu erhalten, überdieß auch die Frist von 42 Tagen, somit auch ihre gesetzliche Verlängerung von 28 Tagen überall eine Nothfrist ist, und so im §. 1252 ausdrücklich genannt wird, bei deren Umlauf, so wie bei dem Umlauf der weitern Fristen in den §§. 1253, 1255, 1256, 1257, 1258 es ausdrücklich heißt, daß das Klagrecht selbst erlösche, daß es nicht Statt habe.

In Erwägung, daß hiernach die Fristen der Wiederherstellungsklage keine prozessualischen Fristen der Ausführung eines Rechtsmittels, sondern wirkliche Verjährungszeiten des Klagrechts selbst sind, gegen welche eingetretene Verjährung der Richter als gegen ein gesetzlich erworbenes Privatrecht des Wiederherstellungsbeklagten dann um so weniger eine Wiederherstellung wegen versäumter Fristen ertheilen darf, wo ihm dieses Recht im Gesetz nicht gegeben ist.

In Erwägung, daß aber der Wiederherstellungsbeklagte ausdrücklich dieses Privatrecht der erloschenen Wiederherstellungsklage in Anspruch nimmt, dieses Ansuchen in Rechten und Thatsachen gegründet ist, und durch eine Wiederherstellungsbitte des Wiederherstellungsklägers aus den vorgetragenen Gründen des Sterbens des Beistandes und des Ehemanns der einen und der andern Klägerin, so wie der Verhinderung ihres Anwalts das Verfahren in der Wiederherstellungsklage nicht aufgehoben, dazu auch nicht der Umstand angeführt werden kann, daß Wiederherstellungskläger um Erstreckung der Frist zur Einbringung der Wiederherstellungsklage gebeten habe, indem diese Bitte eine ungesetzliche war, und ihre Berücksichtigung, oder Nichtberücksichtigung das erworbene Recht des Wiederherstellungsbeklagten auf die Verjährung und das Erlöschen der Klage nicht entziehen darf.

In Erwägung, daß auch abgesehen davon, und angenommen, daß bei der Wiederherstellungsklage eine Wiederherstellung gegen ihre versäumten Nothfristen Statt fand, solche alsdann nur nach den Bestimmungen der §§. 658, 661, 1205 der Prozeßordnung mit den dort angeführten Gründen und Zeiten Statt finden kann, und nur die durch die Krankheit und den Tod des Ehemanns der Elise von Barth begründete Wiederherstellungsursache bei dem Tod desselben am 2. August 1832 nicht in der vierzehntägigen Frist des §. 1205 bei Vorbringung der Restitutionsklage am 23. Decbr. 1832 vorgebracht war, daher nicht mehr zuläßig ist, der Tod des Beistandes der Mariane von Göler, und der Umstand, daß der Anwalt der Wiederherstellungsklage die vielen Acten nicht früher haben lesen können, aber keinen Wiederherstellungsgrund wegen versäumter Nothfrist der Wiederherstellungsklage abgeben kann, die weitern Bemängelungen der Wiederherstellungsklage von Seiten der Wiederherstellungsbeklagten dagegen, daß den Klägerinnen die Urkunden, worauf sie ihre Klage bauen, schon früher, als die behaupteten und eidlich zu beschwören angebotenen 42 Tage bekannt gewesen, was sich aus dem in der Gerichtssitzung vorgelegten Duplikat einer weitern Wiederherstellungsklage vor dem Oberhofgericht ergebe, nicht in Erwägung zu kommen haben,

so wird

unter Verfällung der Wiederherstellungskläger in die Kosten zu Recht erkannt, daß die Wiederherstellungsklage als erloschen zu verwerfen seie.

Von Rechtswegen.

Sander.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. **N**ro. **7.** Karlsruhe den 15. Februar 1834.

Hofgericht am Unterrhein.

Wen trifft bei der Negatorienklage, wenn ein Bannrecht in Frage steht, die Beweislast?

Stadtgemeinde Külsheim gegen die dortigen Müller.

Nachdem die Müller zu Külsheim lange Zeit hindurch, mit Ausschluß fremder Müller, ein alleiniges Mahlrecht ausgeübt hatten, trat die Stadtgemeinde daselbst actione negatoria utili gegen ihre Müller auf, indem sie das ausschließliche Mahlrecht derselben bestritt, die gesetzliche Freiheit des Mahlens durchaus in Anspruch nahm und zu erkennen bat, daß den Beklagten kein Bannrecht zustehe 2c. 2c.

Die Beklagten hingegen beriefen sich auf ein ihnen angeblich von Churmainz verliehenes Bannrecht, und anticipirten den Beweis darüber durch Bezugnahme auf ältere Acten der churfürstlich Mainzischen Regierung.

Auf gepflogene Verhandlung erkannte das Untergericht durch Bescheid vom 24. Decbr. 1832: daß den Beklagten in Beziehung auf die Gemeindsbürger zu Külsheim kein Bannrecht zustehe und diesen die Freiheit des Mahlens zu gestatten sei 2c. 2c.

Indem die Beklagten gegen dieses Erkenntniß appellirten, suchten sie zu zeigen, daß der Beweis des behaupteten Bannrechts schon in erster Instanz freiwillig geliefert worden, daß es aber nicht einmal ihre Obliegenheit sei, diesen Beweis zu führen, da sie den Besitzstand für sich hätten.

Das Hofgericht theilte jedoch die von der Appellatin vertheidigte Ansicht, daß der Beweis des Bannrechts weder ordnungsmäßig angetreten noch wirklich geführt und daß es Pflicht der Beklagten sei, das angebliche Bannrecht besser als geschehen, zu erweisen.

Es ergieng daher unterm 6. Decbr. 1833 durch Zwischenbescheid die Beweisauflage an die Beklagten:

„daß ihnen gegen die Stadtgemeinde Külsheim ein Mühlenbannrecht zustehe."

Entscheidungsgründe:

„Dem Klagfundament steht die aus dem favor libertatis entspringende Vermuthung zur Seite, weßhalb nach L. R. S. 1332 nicht die Klägerin ihre Freiheit, sondern die Beklagten das von ihnen angesprochene Bannrecht zu beweisen haben. Hiergegen schützt sie auch der Besitzstand und L. R. S. 544 e. nicht, weil

a. der Besitz nur in so weit eine Vermuthung giebt, als ihm nicht eine stärkere Vermuthung, hier die für die Klägerin sprechende præsumtio pro libertate entgegensteht; weil

b. Grundpflichtigkeiten nach den durch L. R. S. 710 g. f. adoptirten Grundsätzen des gemeinen Rechts nach Analogie der unständigen Servituten zu beurtheilen sind, diesen aber nach L. R. S. 691 der längste Besitz keinen Schutz, somit der jüngste Besitz keine Vermuthung gewährt; weil endlich

c. L. R. S. 710 g. b. nur diejenigen Grundpflichtigkeiten, welche 1810 in rechtmäßiger Uebung waren, aber keine Wiederauflebung derselben duldet, somit die dem Besitze sonst zur Seite stehende Vermuthung auf den jüngsten Besitz eines Bannrechts keine Anwendung finden kann" 2c. 2c.

Anmerkung. Die Minorität hingegen bekannte sich zu der von Thibaut, Makeldey und Anderen festgestellten Ansicht: daß der Negatorienkläger, wenn sich der Beklagte im ordentlichen Besitz der Servitut befindet, die Freiheit seines Eigenthums beweisen müsse; indem der Besitz des Einen als das die Eigenthumsfreiheit des Andern beschränkende Factum eine überwiegende Vermuthung für den Besitzer abgebe und kein Gesetz sage, daß die præsumtio pro libertate stärker seyn solle, als die præsumtio pro possessore.

Diese Ansicht liege ohne Zweifel auch dem L. R. S. 544 e. zum Grunde, in so weit darin gesagt sei: der Besitz hat alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen Jeden, gegen den man nicht wegen der befragten Sache in Vertragsverbindlichkeiten steht, oder der nicht einen stärkeren Besitz oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann 2c. 2c.

Der L. R. S. 710 g. f. könne hier nichts entscheiden, denn er handle nur von den Erlöschungsarten der Grundpflichtigkeiten und verweise auf die L. R. S. 703 — 710, die hier nicht zur Anwendung kommen könnten, weil in der Negatorienklage kein Erlöschungsgrund angeführt, sondern

lediglich behauptet sei: daß den Beklagten überhaupt kein Bannrecht zustehe.

Aber auch hinsichtlich der Entstehung seien unständige Dienstbarkeiten und Grundpflichtigkeiten einander nicht gleichgestellt. Zur Erwerbung der Ersteren fordere der L. R. S. 691 eine Vergünstigung von Seiten des Eigenthümers, die Begründung der Letzteren aber mache der L. R. S. 710 g. b. von einem Gesetze abhängig; dieß jedoch nur in Ansehung solcher Grundpflichtigkeiten, die nicht schon vor dem 1. Jan. 1810 in rechtmäßiger Uebung gewesen seien. Denn hätten sie schon früher bestanden, so dulde sie das Gesetz auch fernerhin und nehme sie in Schutz, weil der Besitzstand ihr Daseyn beurkunde.

Nun walte aber darüber kein Zweifel ob, daß gedachtes Bannrecht sowohl vor als nach dem 1. Januar 1810 unter dem Beistand der Obrigkeit in rechtmäßiger Uebung bis jetzt gewesen, es finde also nur eine Ablösung desselben und keineswegs eine Erlöschungs- oder Entlastungsklage Statt. Darum dürfe selbst nicht einmal dem klagenden Theil der Beweis nachgelassen werden: daß dem Beklagten kein Bannrecht zustehe. In keinem Falle sei die Beweislast auf Seiten der Beklagten; denn da der L. R. S. 710 g. b. die rechtmäßige Uebung als Rechtstitel eines Bannrechts anerkenne, so liege die Existenz der Verbindlichkeit des Bannpflichtigen schon als erwiesen vor und wälze auf den Letztern nach L. R. S. 1315 den Beweis: daß er von dieser Verbindlichkeit wieder frei geworden sei. Es erscheine als ein Widerspruch, wenn man einmal sage, der Besitz gewähre keinen Schutz und keine Vermuthung, weil es an einem Titel fehle, und dann doch von den Beklagten den Beweis fordere: daß ihnen ein Recht zur Seite stehe. Ein solcher Beweis würde nach §. 747 der Prozeßordnung nur dann gefordert werden können, wenn die jetzigen Beklagten eine Besitzklage angestellt hätten, deren Gegenstand eine von den Dienstbarkeiten des L. R. S. 691 wäre; wo aber schon die rechtmäßige Uebung als Titel gelte, da hätten die Müller, um in der Ausübung ihres Bannrechts geschützt zu werden, nicht einmal nöthig, einen Erwerbstitel beizubringen, mithin noch weniger in dem vorliegenden Falle, wo sie die Rolle der Beklagten spielten und sich im Besitze des mit der Negatorienklage angefochtenen Bannrechts befänden. Es scheine daher schon jetzt klar zu seyn, daß die Klage als unbegründet abgewiesen werden müsse.

Bei dieser Meinungsverschiedenheit unter den Mitgliedern des Senates, welcher sonst schon in ähnlichen Fällen nach der hier skizzirten Ansicht der Minorität entschieden hat, ist es, je nach der Besetzung des Gerichts, wohl möglich, daß bei Fassung des Endurtheils von der durch §. 406 der Prozeßordnung dem Richter verliehenen Befugniß Gebrauch gemacht wird. Sollte dieser Fall eintreten, so werden wir nicht entstehen, das Resultat in diese Blätter aufzunehmen *).

Bayer.

*) Im Allgemeinen würde ich es hier mit der Majorität halten, d. h., ich würde dafür stimmen, daß bei einer Negatorienklage der Kläger nichts als sein Eigenthum und nicht auch noch dessen Freiheit, beziehungsweise das Nichtdaseyn eines Dienstbarkeitsrechts, zu beweisen habe.

Mag man auch diese Controverse nach gemeinem Rechte entscheiden, wie man will, so scheint mir doch nach unserm Landrechte dem Beklagten der Beweis seines Dienstbarkeitsrechts obzuliegen.

Von einer Präsumtion für die Freiheit des Eigenthums, oder von einer solchen für das Daseyn einer durch den Besitzstand beurkundeten Berechtigung würde ich die Entscheidung der Frage nicht ableiten, da das Landrecht weder die eine noch die andere dieser Präsumtionen aufstellt. Aber eben darum, weil das Gesetz keine Präsumtion aufstellt, wird man die Frage über die Beweislast nach L. R. S. 1315 und nach dem §. 400 der Prozeßordnung dahin entscheiden müssen, daß der Kläger den Grund seiner Klage und der Beklagte den Grund seiner Einrede, durch welche das an sich begründete Klagrecht wieder aufgehoben seyn soll, zu beweisen habe.

Was ist nun aber das Fundament einer Negatorienklage? — Wenn der Kläger seine Klage darauf baut, daß sein Gut von der Dienstbarkeit frei sei, so hat er sein Klagfundament nicht klug gewählt. Er thut besser, sein Klagbegehren,

> daß der Beklagte sich aller Rechtsausübung oder Besitzhandlungen auf dem in Frage stehenden (angeblich dienenden) Gute zu enthalten habe,

lediglich auf die Thatsache zu bauen:

> daß er (der Kläger) das Eigenthum jenes Guts erworben habe.

Aus dem Eigenthumsrecht des Klägers folgt alsdann schon kraft Gesetzes (nämlich nach S. 544) die Befugniß desselben, über den Bestand und den Genuß des Guts zu schalten und zu walten, folglich auch den Beklagten, so wie jeden Andern, davon zurückzuweisen, somit ist durch die Nachweisung des Eigenthumsrechts das erwähnte Klagbegehren an und für sich nach S. 544 schon begründet, ohne daß es dazu noch einer Nachweisung oder einer besondern Präsumtion der Freiheit bedürfte.

Will nun der Beklagte dieses an sich begründete Klagrecht durch die Behauptung:

> daß ihm auf dem fraglichen Gute ein Dienstbarkeitsrecht zustehe, dadurch also die gesetzlich (S. 544) sonst unbeschränkte Dispositionsbefugniß des klagenden Eigenthümers beschränkt sei,

wieder aufheben, so hat er diese Behauptung als den Grund seiner Einrede nach S. 1315 und nach §. 400 der Prozeßordnung auch zu beweisen.

Wendet man mir ein, daß der Beklagte nicht nöthig habe, die Einrede einer ihm zustehenden Dienstbarkeit vorzuschützen, sondern daß es für ihn genüge, seine Einrede auf seinen Besitz zu bauen, — so meint man entweder, daß diese Besitzhandlungen nur die Vermuthung begründen, daß das Eigenthumsrecht des Klägers

Ein Wort über den in Nr. 1 dieses Jahrgangs entwickelten „Rechtsfall über theilweise Sequestration einer Verlassenschaft und Errichtung eines Erbverzeichnisses.“

Der Einsender folgender Zeilen hatte Gelegenheit, den erwähnten Rechtsfall näher kennen zu lernen, und erlaubt sich daher, seine von den in Nr. 1 abgedruckten Entscheidungsgründen abweichende Ansicht in diesen Blättern auszusprechen, was um so kürzer geschehen kann, als das meiste, was jene Entscheidungsgründe zur Beurtheilung und Entscheidung dieser Rechtsfrage enthalten, völlig unerheblich für dieselbe zu seyn scheint. Denn nicht sowohl auf den Grundlagen des §. 709 und 711 der Prozeßordnung, welche die Nachweisung der begründenden Thatsachen, so wie einer Gefahr verlangen, sondern vielmehr auf den Principien der L. R. S. 1006, 1008 in Verbindung mit L. R. S. 811 und 812 beruht im Wesentlichen die Beurtheilung der vorliegenden Rechtsfrage. Der Art. 1006 des Landrechts giebt allerdings dem Erbnehmer, wenn keine Pflichterben vorhanden sind, das Recht, kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr zu treten, ohne daß er nöthig hätte, die Auslieferung zu begehren.

Dieses Recht könnte also die Wittwe des Erblassers in Anspruch nehmen, wenn nicht die Kläger, die ebenfalls als Erbnehmer auftreten, von demselben Rechte Gebrauch machten. Die Kläger, wie die Beklagten, sind im Besitze eines öffentlichen Testaments, woraus sie die in Art. 1006 gegebenen Rechte in Anspruch nehmen können; keiner dieser widerstreitenden Ansprüche kann a priori, vor Entschei-

---

durch ein Dienstbarkeitsrecht des Beklagten beschränkt sei, oder man meint, es liege in diesen Besitzhandlungen selbst ein Rechtstitel für die Dienstbarkeit.

Für die erstere Annahme fehlt es aber an einem Gesetze, das die angebliche Rechtsvermuthung begründet, und was die letztere Meinung betrifft, so ist zu erinnern, daß Besitzhandlungen da, wo es sich nicht bloß um den Streit über einen fürsorglichen possessorischen Zustand, sondern um einen petitorischen Rechtsaustrag handelt, nur alsdann einen Rechtstitel abgeben, wenn sie sämmtliche Erfordernisse einer Verjährung in sich vereinigen, in welchem Falle die Einrede der Verjährung und nicht nur jene des Besitzes vorgeschützt und nachgewiesen werden müßte.

Der Besitz schützt nach S. 544 e. den Besitzer nur gegen jeden Unberechtigten, nämlich so lang, als nicht Derjenige, der ein Recht auf den Gegenstand des Besitzes darzuthun vermag, Ansprüche gegen den Besitzer erhebt. So wenig nun Derjenige, der im Besitze eines Hauses ist, gegen den Vindikanten, der sein Eigenthumsrecht am Hause nachweist, die Einrede des Besitzes mit Erfolg vorschützen kann, eben so wenig kann Jener, welcher ein Wegrecht über einen Acker ausübt, Demjenigen, der sein Eigenthumsrecht an jenem Acker nachweist und darauf die Ausschließung des Ersten von der Wegbenutzung nach S. 544 begehrt, den Besitzstand entgegenhalten, da das Recht dieser Ausschließung eben so, wie das Recht der Vindikation im Rechte des Eigenthümers begriffen ist.

Was nun noch insbesondere die unständigen Dienstbarkeiten betrifft, so wäre es widersprechend, wenn man bei denselben eine Besitzeinrede ohne die Nachweisung eines Rechtstitels der Erwerbung gelten lassen wollte, während dabei nach dem §. 747 der Prozeßordnung ohne einen solchen Rechtstitel doch keine Besitzklage Statt findet. Der Gutseigenthümer wäre dadurch gewissermaßen zur Eigenmacht aufgefordert, denn, wenn er seinen Gegner an Ausübung der behaupteten Dienstbarkeit nur factisch hinderte, so könnte der Letztere sich nach dem §. 747 ohne Nachweisung eines Erwerbstitels durch eine Besitzklage nicht helfen, wogegen der Eigenthümer, wenn er keine Eigenmacht brauchen, sondern die Besitzhandlungen des Gegners mittelst einer Negatorienklage beseitigen wollte, damit unterläge, wenn er nicht für das Nichtdaseyn der Dienstbarkeit den Beweis zu führen vermöchte.

Nach allem dem darf man, wie mir scheint, als richtig annehmen, daß nach badischem Rechte bei eigentlichen Dienstbarkeiten nicht der Negatorienkläger die Freiheit seines Guts, sondern der Beklagte das Daseyn seines Dienstbarkeitsrechts zu beweisen habe.

Was nun noch die Grundpflichtigkeiten, als eine Art uneigentlicher Dienstbarkeiten betrifft, so treten auch bei ihnen die nämlichen Gründe ein, und zwar wie bei den unständigen Grunddienstbarkeiten, da wie bei diesen (S. 688) eben so auch zur Ausübung der Grundpflichtigkeiten jedesmal die Beiwirkung eines Menschen (eine Leistung) nöthig ist.

Wenn übrigens hinsichtlich dieser Letztern der L. R. S. 710 g. b. sagt:

„das Gesetz duldet jene, die dermalen in rechtmäßiger Uebung sind,“

so kann daraus noch nicht geschlossen werden, daß alle Diejenigen, welche am 1. Januar 1810 wirklich in Uebung waren, nun auch ohne Nachweisung eines Erwerbtitels aufrecht erhalten werden müssen, wenn ihr rechtliches Daseyn in Streit gezogen wird.

Der angeführte L. R. S. 710 g. b. sagt nur: „das Gesetz duldet Jene, welche ꝛc.“, er sagt nicht: „das Gesetz schützt Jene ꝛc.“ Wenn das Gesetz Jene, welche am 1. Januar 1810 in rechtmäßiger Uebung waren, zu dulden erklärt, so ist damit, wie auch aus der nachfolgenden Stelle des S. 710 g. b. hervorgeht, nur gesagt, daß die Andern, die nämlich am 1. Januar 1810 nicht in Uebung waren, gar nicht mehr geduldet werden, wenn gleich noch ein vollgültiger Rechtstitel dafür dargethan werden könnte, aber keineswegs ist damit gesagt, daß Jene, welche am 1. Jan. 1810 in Uebung waren, welche also von Staatswegen zugelassen oder geduldet werden, darum auch schon gerichtlich geschützt werden sollen, wenn gleich für sie kein Rechtstitel, wohin übrigens eine wirkliche Verjährung gehören würde, vorliegt. Das Gesetz duldet sie überhaupt nur in der Voraussetzung, daß sie rechtsgültig bereits entstanden sind, — es schafft sie nicht, sondern es schafft sie nur nicht ab, wenn sie 1810 in Uebung waren. Zu einer so auffallenden Begünstigung, welche der S. 710 g. b. bei der entgegengesetzten Auslegung den mittelalterlichen Grundpflichtigkeiten zu Theil werden ließe, wäre auch wahrlich überall kein vernünftiger Grund abzusehen.

Bekk.

dung der Hauptsache, als der stärkere betrachtet werden, und somit kann die Frage, wem der Besitz gebühre? nicht beantwortet werden, ehe entschieden ist, welcher Partei Testament das gültige ist. Denn offenbar nur ein unbestrittenes, gültiges Testament vermag Erbansprüche und die daraus folgenden Besitzrechte zu gewähren, so lange aber ein Rechtsstreit obwaltet, welches von zweien Testamenten das gültige ist, und ehe diese Frage entschieden ist, kann das eine so wenig als das andere als das gültige rechtlich betrachtet werden. Es existirt daher so lange juristisch gar kein Testament, das Erbe ist also bis nach entschiedenem Rechtsstreite ein ledig es, das heißt, für den Augenblick existirt Niemand, der ein unbestrittenes Recht auf die Verlassenschaft nachweisen könnte, wenn gleich es gewiß oder doch wahrscheinlich ist, daß für die Zukunft ein Berechtigter ausgemittelt werden wird. Jetzt schon, ehe dieser ausgemittelt ist, einer Partei den Besitz einräumen, wäre Verletzung der andern, die mit denselben Gründen dasselbe Recht zu fordern befugt ist. Wäre also auch die Wittwe des J. Friedrich wirklich schon kraft Gesetzes in Besitz getreten — was übrigens nicht der Fall ist, da vielmehr die fragliche Hinterlassenschaft sogleich obsignirt wurde — so könnten doch die Kläger mit ihrem Testament nicht nur diesen Besitz verhindern, sondern denselben sogar, wenigstens mit demselben Rechte wie die Beklagte, in Anspruch nehmen. Freilich dürfte er ihnen aus denselben Gründen ebenfalls nicht zugesprochen werden, und sonach bliebe nichts übrig, als — was die Kläger auch nur wollen — einen Erbpfleger zu ernennen, der bis nach definitiver Entscheidung über die streitige Erbmasse dieselbe verwalte.

An dieser Feststellung des Gesichtspunkts, von welchem aus nach der Ansicht des Einsenders diese Rechtsfrage betrachtet werden müßte, mag es genügen, da die detailirte Widerlegung der erwähnten Entscheidungsgründe nicht Zweck dieser Zeilen ist, und um so mehr umgangen werden kann, als alle einzelnen Theile derselben, sobald im Allgemeinen ein ganz anderer Gesichtspunkt aufgestellt wird, zur Beurtheilung des auf diese Weise veränderten Standpunkts schon an und für sich ohne Einfluß sind.

Uebrigens fände gewiß das Gesuch der Kläger auch in der Eigenschaft der fraglichen Verlassenschaft als res litigiosa (L. R. S. 1961 Nr. 7), so wie in der Gefahr, die offenbar aus dem willkührlichen Besitze der Beklagten für die Rechtsansprüche der Kläger entstehen würde, eine schon für sich hinlängliche, weitere Begründung.

Schließlich möchte die Bemerkung nicht ganz überflüssig seyn, daß die Bestimmungen unseres Landrechts über eheliche Gütergemeinschaft und Nutznießung, denen die erwähnten Entscheidungsgründe einigen Einfluß auf die Entscheidung der vorliegenden Frage — wie wohl irrig — einräumen, schon deßhalb hierher nicht einschlagen können, weil die Eheverhältnisse zwischen der beklagten Wittwe und ihrem verstorbenen Ehemann nicht nach badischem, sondern nach gemeinem, resp. dem Frankfurter Statutarrechte zu beurtheilen sind.

Unrichtige Anwendung des §. 359 der Prozeßordnung.

Die Ehefrau des Z. B. von N. ließ auf den Grund eines Ehevertrages unterm 6. Juli v. J. bei dem Bezirksamte St. durch mich folgende Klage auf Sicherstellung ihres beigebrachten Vermögens gegen ihren Ehemann erheben:

Im Monat März 1832 verehelichte sich die in rubro genannte Klägerin mit dem Z. B. von N. und beide errichteten mit einander unterm 15. ejusdem einen Ehevertrag, wornach von dem Beibringen der Klägerin ad 1758 fl. die Summe von 1200 fl. verliegenschaftet und bemerkt wurde, daß dieser Betrag auf das liegenschaftliche Vermögen des Z. B. in das Unterpfandsbuch eingetragen werden solle. Diese Sicherstellung ist nun bis jetzt noch nicht erfolgt: dagegen muß die Klägerin die traurige Bemerkung machen, daß ihr Ehemann weder das im Ehevertrage von ihm versprochene Einbringen von 900 fl. besessen, noch daß er sonst einen häuslichen Lebenswandel führt, und daß er auf letztere Weise ihr eingebrachtes Vermögen nach und nach verschwendet. In dieser wahrhaft traurigen Lage bleibt ihr nun nichts Anderes übrig, als zufolge der im Satze 1550 des Landrechts ersichtlichen Bestimmung darauf anzutragen, daß ihr verliegenschaftetes Beibringen gehörig gesichert werde. Sie hat mich daher nach der beifolgenden Vollmacht beauftragt, dießfalls bei Einem Wohllöblichen Bezirksamte Klage zu erheben, und Wohldasselbe geziemend zu bitten:

„Geneigtest unter Zulassung des schriftlichen Verfahrens dem Beklagten gegenwärtige Klage zu seiner Vernehmlassung binnen 14 Tagen mitzutheilen, und nach geschlossenen Verhandlungen zu erkennen, der Beklagte sei schuldig und verbunden, an dem Beibringen der Klägerin die Summe von 1200 fl. gehörig zu versichern, und habe die Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen."

Statt diese fehlerfreie Klage nach §. 355 der Prozeßordnung dem Beklagten zur Vernehmlassung mitzutheilen, erließ das Bezirksamt St. am 11. Juli v. J. den Bescheid:

„In Sachen der Z. B'schen Ehefrau, Elisabetha, gebornen B. zu N. Klägerin, gegen ihren Ehemann Z. B. alda, beklagte Sicherstellung ihres beigebrachten Vermögens betr.

wird unter Verfällung der Klägerin in die Kosten auf die Klage vom 6. d. M. verfügt:

„„Die Klage findet angebrachtermaßen nicht Statt.““

Erkannt St..... am 11. Juli 1833.

M.....“

Entscheidungsgründe:

„Da nach L. R. S. 1550 der Mann für die Ehefrau nur dann Sicherheit zu leisten schuldig ist, wenn er es im Ehevertrag versprochen hat, in dieser Klage aber nicht, oder doch nicht mit Bestimmtheit behauptet ist, daß Beklagter sich auf die vorgedachte Weise zur Sicherheitsleistung verpflichtet habe, indem darin nur vorgetragen ist, daß nach dem Ehevertrag bemerkt wurde, daß ein Theil des eheweiblichen Beibringens im Pfandbuch eingetragen werden solle.“

„In Erwägung, daß es hiernach dem Vortrage der Klage an Bestimmtheit fehlt, so ergeht unter Beziehung auf §. 359 der Prozeßordnung vorstehender Bescheid.“

Auf die Frage:

„Läßt sich dieses Erkenntniß rechtfertigen?“

antworte ich: Schlechterdings nicht. Der thatsächliche Klaggrund ist die im Ehevertrag enthaltene Bestimmung, daß von dem Beibringen der Braut 1200 fl. verliegenschaftet, und auf das liegenschaftliche Vermögen des Bräutigams in dem Unterpfandsbuche vorgemerkt werden sollen. In der schriftlichen Klage vom 6. Juli v. J. ist diese Bestimmung des Ehevertrages deutlich genug damit angegeben, daß es heißt:

„Beide errichteten mit einander einen Ehevertrag, wornach von dem Beibringen der Klägerin ad 1758 fl. die Summe von 1200 fl. verliegenschaftet und bemerkt wurde, daß dieser Betrag auf das liegenschaftliche Vermögen des Z. B. in das Unterpfandsbuch eingetragen werden solle.“

Durch das Zeitwort: „bemerkt“ ist im Zusammenhange mit dem Vorder- und Nachsatze unstreitig eine Verpflichtung ausgedrückt, weil in einem Ehevertrage nichts bemerkt werden kann, ohne Zustimmung der Contrahenten, und Eingehung einer Verpflichtung hiezu. Es fehlt mithin der Klage weder an Deutlichkeit, Bestimmtheit oder Vollständigkeit, noch leidet sie an andern Gebrechen, wegen deren sie nach §. 359 der Prozeßordnung angebrachtermaßen nicht Statt fände. Bei diesem Anlaß kann ich den Wunsch nicht unterdrücken, daß die zu nichts führenden, ja nur unnöthige Kosten veranlassenden Wortklaubereien und Subtilitäten, die der Wissenschaft und Anwendung keinen Vortheil bringen, von den Gerichten verbannt werden mögen.

Dr. Löw.

Anmerkung. Nicht wegen des Zeitworts „bemerkt,“ und als ob es nach dem Klagvortrag ungewiß wäre, ob die angegebene Bemerkung wirklich eine Bestimmung des Ehevertrags sei, scheint der Richter die Klage angebrachtermaßen verworfen zu haben, sondern darum, weil die Bemerkung, wie die Klage sie anführt, nicht dahin gieng, daß der Ehemann überhaupt Sicherheit zu leisten habe, sondern nur dahin, daß die fraglichen 1200 fl. auf das liegenschaftliche Vermögen in das Pfandbuch eingetragen werden sollen.

Aus diesem Grunde hätte aber die Klage nicht nur angebrachtermaßen, sondern nach §. 358 als in den Rechten offenbar nicht gegründet sogleich unbedingt verworfen werden sollen, da es nach dem Klagvortrag gar nicht zweifelhaft, sondern klar ist, daß von dem Ehemann die Verbindlichkeit zu einer Sicherheitsleistung nicht eingegangen wurde.

Der Eintrag des verliegenschafteten Vermögens der Frau auf die Güter des Mannes ist mit einer Sicherheitsstellung von Seiten des Letztern nicht zu verwechseln. Das einzutragende Pfandrecht der Ehefrau kann nur wirken, so weit der Werth der Liegenschaften des Mannes geht und so weit derselbe nicht durch ältere Pfandrechte ergriffen ist, während der überhaupt zur Sicherheitsleistung verpflichtete Ehemann den etwa durch jenes Pfandrecht nicht gedeckten Theil der eheweiblichen Forderung auf irgend eine andere Art sicher zu stellen hätte.

Abgesehen nun davon, daß der citirte Landrechtssatz 1550, der von einer Verpflichtung zur Sicherstellung der Ehesteuer spricht, nur (im dritten Kapitel des V. Titels) von der bewidmeten Ehe handelt, eine solche aber nach Inhalt des Klagvortrags hier nicht in Frage steht, so ist ja immerhin im Ehevertrag von einer Sicherheitsleistung überhaupt keine Rede, und was die verabredete Eintragung des verliegenschafteten eheweiblichen Beibringens betrifft, so ist die hiedurch bezweckte Sicherheit nach S. 2135 auch ohne Eintragung schon vorhanden. Ist aber gleichwohl eine solche Eintragung schon der Ordnung wegen nach S. 2136 zu bewirken, so bedarf es hiezu wohl keiner Klage gegen den Mann, und die Ehefrau kann ja ihre Forderung, für die schon ein gesetzliches Pfandrecht besteht, selbst eintragen lassen.

Reicht aber dieser Eintrag zur völligen Sicherstellung nicht hin und die zerrüttete Vermögenslage des Mannes läßt für sie einen Verlust an ihrem Beibringen befürchten, so kann sie, zwar wieder nicht auf Sicherheitsleistung, nach S. 1443 aber auf Vermögensabsonderung klagen. D. R.

Erwiederung auf die Redactionsnote zu dem Aufsatz auf Seite 380 Nr. 62 (erster Jahrgang 1833) der Annalen.

Die Redaction hält den gemeinen deutschen Prozeß bei dem Contumazial- und Wiederherstellungsverfahren der

neuen Prozeßordnung für unanwendbar, weil das letztere, dem französischen nachgebildet, von jenem des gemeinen Rechts wesentliche abweiche, und glaubt insbesondere, die Zuläßigkeit der Appellation gegen Versäumungserkenntnisse auf den im §. 1178 ausgedrückten Fall beschränken zu müssen, weil dort materielle und wichtige Folgen der Versäumnisse in Frage stünden.

Dieser Ansicht möchte sich jedoch außer dem in dem fraglichen Aufsatz Angeführten noch Folgendes entgegensetzen lassen:

Das Contumazial- und Wiederherstellungsverfahren der neuen Prozeßordnung ist allerdings in so fern dem französischen nachgebildet und von dem gemeinen deutschen verschieden, als eine Frist festgesetzt ist, innerhalb welcher die versäumte Prozeßhandlung ohne alle formellen Gründe nachgebracht, und Wiederherstellung verlangt werden kann. Nur diese Idee möchte dem französischen Rechte entlehnt, im Uebrigen aber der gemeine deutsche Prozeß mit seinen bekannten Consequenzen beibehalten worden seyn. Insbesondere ist der im §. 1178 aufgestellte Grundsatz: „contumac non appellat," ganz gemeinrechtlich, und so wenig französisch, daß vielmehr dort die Appellationsfrist gegen Versäumungserkenntnisse vom Ende der Oppositionsfrist an beginnt, und nur gegen Versäumungserkenntnisse der letzten Instanz nach abgelaufener Oppositionsfrist kein weiteres ordentliches Rechtsmittel zuläßig ist. (Code de procedure civile art. 443, 455 und 480.)

Im französischen Prozeß findet also die Appellation gegen Versäumungserkenntnisse nach Ablauf der Oppositionsfrist unbedingt Statt, und wird wohl in zweiter Instanz sogleich über das materielle Recht erkannt. Dagegen hat unsere Prozeßordnung das gemeinrechtliche Princip beibehalten, und aus diesem Grunde werden daher auch die gemeinrechtlichen und natürlichen Beschränkungen des Grundsatzes forthin gelten, wenn die Gesetzgebung nicht viel strenger und formeller seyn soll, als selbst die französische. Dort steht es nämlich, wie gezeigt, in der Wahl der Partei, das Rechtsmittel der Opposition (Wiederherstellung) bei dem ersten Richter, oder die Appellation an den höhern Richter gegen Versäumungserkenntnisse zu gebrauchen, es geht also der Partei durch den Ablauf der Oppositionsfrist (abgesehen von den Urtheilen der letzten Instanz) an ihrem materiellen Rechte nichts verloren, während bei einer buchstäblichen Anwendung des §. 1178 der Prozeßordnung dieses in hohem Grade der Fall seyn kann. Läßt sich nun auch eine solche formelle Strenge für den Fall rechtfertigen, wo das Contumazialverfahren gänzlich geregelt und alle gesetzliche und richterliche Nachsicht gegen eine Partei erschöpft worden ist, so ist es doch gewiß anders, wenn der Richter aus Leidenschaft oder Uebereilung durch zu kurze Fristen die Vertheidigung beschränkt, gegründete Fristgesuche verwirft, ohne gehörige Bescheinigung der Ladung oder ohne Anrufen der Gegenpartei, oder auch vor Ablauf der Frist kontumazirt, und nun der angeblich Ungehorsame, welcher es aber in der That nicht ist, die kurze Wiederherstellungsfrist in der Meinung ablaufen läßt, das er sich keine Versäumniß habe zu Schuld kommen lassen, und ihm gegen den unrichtigen Ausspruch des Richters das gewöhnliche Rechtsmittel an die höhere Instanz offen stehen müsse. In solchen Fällen die Appellation zu versagen und das materielle dem formellen Recht aufzuopfern ist für das natürliche Rechtsgefühl gewiß höchst anstößig, und dürfte sich jedenfalls aus dem französischen so wenig, als aus dem gemeinen deutschen Prozeßrecht rechtfertigen lassen.

Haas.

Bemerkungen zu dem Aufsatz in Nr. 64 (erster Jahrgang 1833) der Annalen, wegen Zurücknahme einer Pension.

In dem gedachten Aufsatz wird der Regierung in Vereinbarung mit den Ständen das Recht beigelegt, jede früher von der Regierung einseitig bewilligte Gnadenpension zu widerrufen, und ein dagegen sprechendes Urtheil der Gerichte für eine Usurpation der Rechte des Volks, beziehungsweise der Regierung erklärt.

Da hier eine sehr erhebliche Frage des Verfassungsrechtes angeregt ist, so dürfte eine weitere Erörterung mit Begründung entgegengesetzter Ansichten nicht überflüssig seyn. Nach §. 5 der badischen Verfassung vereinigt der Strafprozeß in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den in der Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus. Diese Bestimmungen resp. Beschränkungen beziehen sich theils auf die Ausübung der gesetzgebenden, theils auf die der vollziehenden Gewalt. Zu dem Ressort der letztern gehört offenbar auch das Recht der Regierung, einseitige oder zweiseitige Verträge jeder Art mit dritten Personen, insbesondere auch mit Staatsunterthanen, zu schließen. Die Verfassung hat zwar auch dieses Vertragsrecht in bestimmten Aeußerungen, z. B. durch die §§. 57 und 58, beschränkt, allein diese Beschränkungen sind Ausnahmen der Regel, welche in Bezug auf das Vollzugsrecht der Regierung im §. 66 ausdrücklich wiederholt ist, und unter Anderm alle aus dem Verwaltungsrecht abfließende Verfügungen begreift. Zu solchen Verfügungen gehört nun offenbar die Pensionirung eines Staatsdieners und die Bestimmung seines Ruhegehalts. Wenn nun gleich der §. 6 des einen Bestandtheil der Verfassung bildenden Edicts über die Rechtsverhältnisse des Staatsdieners bei Pensionirung der Letztern einen gewissen Abzug des bisherigen Dienstgehalts festsetzt, so ist damit der Regierung

keineswegs das Recht entzogen worden, einem pensionirten Staatsdiener auch einen geringeren oder gar keinen Abzug zu machen. Eine solche Beschränkung des Verwaltungsrechtes müßte als eine sehr singuläre Bestimmung ausdrücklich statuirt worden seyn, wie dieß bei andern in der Verfassung angeführten Beschränkungen des Staatsverwaltungsrechtes wirklich geschehen ist. Aus dem Sinne des Staatsdieneredictes läßt sich eine derartige Beschränkung der Regierung gewiß nicht folgern, da jenes nur die Feststellung der Rechte der Staatsdiener, nicht aber eine Beschränkung der landesherrlichen Gnade gegen einzelne Staatsdiener zum Hauptzweck hatte, und selbst bei Ruhegehalten über 4000 fl. nur den Rechtsanspruch des Dieners, nicht aber die Gnade des Regenten beschränkt, diese daher bei Ruhegehalten unter 4000 fl. noch weniger gehemmt seyn kann.

Zu der Bestimmung einer den gesetzlichen Betrag übersteigenden Pension, so wie in der Regel überhaupt zu einer aus dem Verwaltungsrecht abfließenden Regierungshandlung, ist daher weiter nichts als der Ausspruch der Regierung, ohne alle Mitwirkung oder Zustimmung der Stände, nothwendig, der dadurch begünstigte Diener erhielt durch seine Annahme ein vollkommenes Recht auf die verwilligte Pension, und dieses einmal erworbene Recht kann ihm durch keine spätere Handlung der Regierung mit oder ohne Stände entzogen werden. Die Verkennung dieser natürlichen Rechtsansicht möchte zu den bedenklichsten Folgen nicht nur für die betheiligten Privaten, sondern auch für die Regierung selbst führen. Denn wer möchte noch mit der Regierung contrahiren oder auf ihre Zusicherungen bauen, wenn zu deren Vernichtung weiter nichts erforderlich wäre, als der spätere einseitige Widerruf der nämlichen Regierung, durch die Reclamation der Stände veranlaßt? Diese haben zwar das in §. 67 der Verfassung begründete Recht, Mißbräuche in der Verwaltung zu rügen, auch die Minister wegen Verletzung der Verfassung förmlich anzuklagen, und es muß denselben nach §. 55 insbesondere über Verwendung des Staatsvermögens Rechnung vorgelegt werden. Allein aus diesem Aufsichtsrecht der Stände über die Staatsverwaltung im Allgemeinen, und insbesondere über die Finanzen kann noch nicht die Nothwendigkeit einer ständischen Genehmigung der einzelnen Ausgabsposten, und noch viel weniger gefolgert werden, daß jede Ausgabe der Regierung oder jedes solche Ausgabe veranlassende Regierungsedict erst durch die nachfolgende Genehmigung der Stände definitive Rechtskraft erlange. Die Regel ist vielmehr für die Rechtsgültigkeit aller von der Regierung ausgehenden Verwaltungshandlungen, und die Ausnahmen müssen in der Verfassung ausdrücklich aufgeführt seyn. Halten die Stände irgend eine Ausgabe der Regierung für nicht gerechtfertigt, so mögen sie immerhin von ihren verfassungsmäßigen Rechten Gebrauch machen, den dritten Betheiligten kann diese aber schlechthin nicht berühren, der Erwerb seines Rechts war einmal lediglich von dem einseitigen Willen der Regierung abhängig, und kann durch eine einseitige Handlung der Letzteren mit oder ohne ständische Mitwirkung nicht mehr aufgehoben werden, so wenig als z. B. der Verwalter eines fremden Vermögens auf Veranlassung des Eigenthümers die in den Grenzen seiner Vollmacht mit Dritten abgeschlossenen Verträge umstoßen kann, weil sie dem Eigenthümer nachtheilig sind, oder weil der Letztere den Verwalter desfalls zur Rechenschaft ziehen kann. Ob übrigens der Regent eine Pension durch eine sogenannte Cabinetsverfügung oder durch ein Staatsministerialrescript verwilligte, möchte für das ertheilte Recht gleichgültig, und eher die letztere Form noch sichernder seyn.

Nach diesen Grundsätzen möchte sich daher die hofgerichtliche Entscheidung zu Gunsten des fraglichen Pensionärs, abgesehen von der Frage über die Art und Weise der ursprünglichen Ertheilung selbst, welche hier übergangen wird, wohl rechtfertigen lassen, und der Vorwurf einer Usurpation der Rechte des Volks oder der Regierung unverdient seyn, das Gericht vielmehr lediglich in den Grenzen seiner Competenz, zum Schutz der Privatrechte, und mittelbar auch im Interesse der Regierung und des Volks gehandelt haben.

Haas.

Zum Rechtsfall in Nr. 1 (zweiter Jahrgang) der Annalen über theilweise Sequestration einer Verlassenschaft und Errichtung eines Erbverzeichnisses.

Im Ganzen mit der Entscheidung des Falles, so weit er durch den Aufsatz in Nr. 1 bekannt wird, einverstanden, kann ich jedoch die Ansicht nicht theilen, daß unsere Prozeßordnung dem Erbtheilnehmer keine Klage auf Errichtung eines Erbverzeichnisses gebe.

Nach §. 709 ff. kann Jeder, welcher Rechtsansprüche hat, und von der Gefahr einer schwer zu ersetzenden rechtswidrigen Beschädigung dieser Rechte bedroht ist, eine vorläufige richterliche Anordnung zu Abwendung der Gefahr verlangen, wenn er die Rechtsansprüche und die Gefahr bescheinigt.

Eine solche Gefahr muß nun für einen Erbtheilnehmer stets angenommen werden, weil die Bestimmung der Größe seines Erbtheils von der Feststellung des Betrags der Erbmasse und ihrer Bestandtheile abhängt, diese Feststellung ist in der Regel nur bei Eröffnung der Erbschaft möglich, mithin durch das Unterlassen des Erbverzeichnisses für den Erbtheilnehmer immer der Verlust des Beweises über den Betrag seines Erbtheils, also gewiß ein schwer zu ersetzender Schade gedroht ist.

Wenn nun (was aus dem Vortrag in Nr. 1 nicht ersehen

werde kann) in dem dortigen Falle mit dem Gesuch um einstweilige Anordnung einer Inventur zugleich das gegenseitige Testament des Erblassers vorgelegt worden wäre, oder wenn dieses Testament auch nur im Hauptprozeß vorgelegt, und in dem Zwischengesuche sich darauf berufen worden wäre (Prozeßordnung §. 426), und wenn daraus, oder auch nur aus der vom Gegentheil (wenn gleich zum Zweck des Gegenbeweises) producirten Abschrift jenes Testamentes die Eigenschaft der Impetranten als Erbtheilnehmer hervorgegangen wäre, wie solches nach dem Vortrage der Fall gewesen zu seyn scheint, so hätte wohl ohne Anstand dem Gesuch um Anordnung einer Inventur um so mehr deferirt werden müssen, da diese einstweilige Verfügung für den Gegner völlig unschädlich war. Prozeßordnung §. 712.

Trefurt.

Ueber Vaterschafts- und Kindsernährungsklagen.

Das Gesetz beschränkt die Vaterschafts- und Climentationsklagen; die Praxis bei vielen Aemtern schwankt aber noch immer bei Anwendung des Gesetzes.

Die maßgebenden Verordnungen über diesen Gegenstand finden sich in L. R. S. 340, L. R. Zusatz 340 a., Regbl. 1809 Nr. 27, Regbl. 1812 Nr. 21.

Aus ihnen ergeben sich folgende Sätze:

§. 1.

Die Vaterschaftsklage findet nur in den Fällen des L. R. Satzes und Zusatzes 340 und 340 a Statt. — Die Behauptung, daß einer dieser Fälle (Entführung, Zwang u. s. w.) eingetreten sei, gehört also zur Begründung der Klage. — Wo diese Begründung nicht in dem Klagvortrag geschieht, ist die Klage „angebrachtermaßen," und wo sich aus dem klägerischen Vortrag unbezweifelt ergiebt, daß gar keiner der gesetzlichen Gründe vorhanden sei, als „unstatthaft" zu verwerfen. Prozeßord. §. 358 und 359.

Wenn der Richter außerdem eine Verhandlung einleitet, tritt ja gerade dadurch die durch das Gesetz verbotene Nachfrage nach der Vaterschaft dennoch ein.

§. 2.

Nur wo durch in gesetzlicher Form erfolgte Anerkennung oder durch richterliches Urtheil der Vater bekannt ist, kann gegen ihn auf Ernährung des Kindes geklagt werden. Regbl. 1812 Nr. 21 S. 118.

Die häufig vorkommenden Klagen auf den Grund bloßer Privaturkunden oder außergerichtlicher Geständnisse, in welchen ein Mann den Beischlaf einbekennt, erscheinen daher nicht als zuläßig. — Solche Beweismittel können bloß als freiwilliges Geständniß benützt werden, um darauf die Vaterschaftsklage, und erst wenn diese gelingt dereinst die Ernährungsklage zu gründen.

Es scheint, daß hienach auch der in Nr. 55 (erster Jahrg.) der Annalen erwähnte Fall zu entscheiden gewesen wäre. Das Kind war noch nicht förmlich anerkannt, die Mutter also noch zur Zeit zur Ernährungsklage nicht berechtigt.

§. 3.

Der Mutter bleibt, wo das Kind nicht anerkannt ist, nichts übrig, als dasselbe aus ihrem Vermögen zu erhalten. Wenn sie solches nicht besitzt: so fällt die Last zur Hälfte auf die Gemeinde der Mutter und zur Hälfte auf den Staat.

§. 4.

Nur die Gemeinde oder der Staat sind befugt, gegen den, der als Vater des Kindes nicht anerkannt ist, im Rechtsweg auf einen nach Anleitung der §§. 6, 7 und 9 der Verordnung vom 10. Juni 1809 zu ermessenden Beitrag zum Unterhalt des Kindes zu klagen, wenn durch die polizeiliche Untersuchung der uneheliche Beischlaf, oder wenn doch ein verdächtiger Zuwandel des Beschuldigten zu der Mutter des Kindes erwiesen ist.

X.

Beispiel einer Widerklage und deren Begründung.

Altvogt F. zu K. stellte gegen die Gemeinde eine Klage an, weil sie ihm die Fortbezahlung einer Pension verweigerte, welche auf den Antrag des Ortsgerichtes und Bürgerausschusses vom Großherzogl. Kreisdirectorium mittelst Rescriptes vom 5. Novbr. 1828 bewilligt war. Der Sachwalter der Gemeinde ließ sich vernehmen und erhob eine Widerklage, welche beginnt: „Diese soll jedoch nicht auf Herausgabe der bereits zur Ungebühr bezogenen Pension sammt Verzugszinsen gerichtet seyn, nein, diese condictio indebiti wird ausdrücklich vorbehalten. Dagegen zielt die Widerklage auf Nichtigkeitserklärung der Acte des ehemaligen Ortsgerichts und Bürgerausschusses und des hochlöblichen Kreisdirectoriums, wodurch dem Widerbeklagten eine Pension zugedacht wurde, ab." In der spätern Schrift wird die Widerklage unter Andern zu rechtfertigen gesucht durch Berufung auf §. 1. Inst. de actio. Gaji Institut. IV. §. 39, 43 und daß im französischen Rechte der Unterschied zwischen demande en nullité und demande en rescission nicht mehr existire!!! Ohe jam satis.

N. N.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 8. Karlsruhe den 22. Februar 1834.

Rechtsfall über einen von dem vormaligen Fürstbischof zu Straßburg verkauften Staats- und Hofdienst.

v. Müllenheim erhielt von dem Fürstbischof zu Straßburg im Jahr 1780 den Dienst eines Oberjägermeister des Fürstbisthums für sich und seine Erben, und in dem Patent hieß es: daß, wenn der Fürstbischof ihm oder seinen Erben diesen Dienst entziehe, und anderwärts darüber verfüge, ihm die Summe von 18,000 Livres — qui est la finance du dit office — zurückbezahlt werden solle. Im Jahr 1792, wo der Fürstbischof von Straßburg in Folge der französischen Revolution nach Ettenheim geflüchtet war, ward von ihm dem v. Müllenheim der Dienst des Oberjägermeisters für die diesseitigen Besitzungen übertragen, ohne dabei etwas Weiteres über die Erblichkeit oder Zurückzahlung der Kaufsumme des Dienstes zu erwähnen. Im Jahr 1803 ward v. Müllenheim als Forstmeister in badischen Diensten angestellt, und nach seinem Tod erhoben nun seine Erben eine Klage auf Belassung des Dienstes, beziehungsweise der Besoldung des v. Müllenheim, oder aber auf Herausbezahlung der Diensteinlage des v. Müllenheim ad 18,000 Livres, wie sie das Wort „la finance" übersetzten.

Der beklagte Fiscus läugnete denn hauptsächlich den Umstand, daß v. Müllenheim die 18,000 Livres wirklich bei einer Staatskasse des Fürstbisthums eingezahlt habe, und es ward der Beweis darüber den Klägern auferlegt. Sie suchten ihn nun aus Vermuthungen, die sie aus dem Anstellungspatent ihres Erblassers schöpften, zu führen, trugen aber dabei vor: es sei irrig vom ersten Sachwalter gewesen, wenn er den Dienst des v. Müllenheim und die Erwerbungsart desselben als einen gekauften Dienst angesehen, und wenn er die Worte des Anstellungspatents „rembourser la finance" als Zurückzahlung der Diensteinlage übersetzt habe. Die Uebertragung des Dienstes an den v. Müllenheim seie durch eine Belehnung geschehen, der Dienst seie ein erbliches Lehen der v. Müllenheim geworden, und der Fürstbischof habe sich dabei verbunden, der Familie v. Müllenheim 18,000 Livres als Entschädigung zu zahlen, wenn er das Lehen in eine andere Familie übertrage. „La finance" seie der Werth des Dienstes. Fiscus widersprach diesem Vorbringen, stellte es als eine unerlaubte Klagänderung dar, worauf nach mündlicher Schlußverhandlung nachstehendes Urtheil mit Entscheidungsgründen ergieng.

Urtheil.

In Sachen der Erben des Oberforstmeisters v. Müllenheim in Ettenheim, Kläger, gegen den Großherzogl. Fiscus, Beklagten, Forderung betreffend, wird auf gepflogene Verhandlung und unter Ausschluß des Klägers mit seinen nicht vorgebrachten Beweismitteln zu Recht erkannt:

„daß die erhobene Klage auf Belassung der Kläger im Dienst und der Besoldung des Oberforstmeisters v. Müllenheim oder aber auf Zurückbezahlung von 18,000 Livres als Entschädigung für diesen verlorenen Dienst unter Verfällung der Kläger in die Kosten abgewiesen werde."

Von Rechtswegen.

Dessen rc. Rastatt den 15. Januar 1834.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist ausweislich ihrer selbst darauf gerichtet, daß die Kläger im Dienst und der Besoldung des Oberforstmeisters v. Müllenheim belassen werden, oder daß ihnen der Fiscus die Summe von 18,000 Livres als die Diensteinlage des Erblassers für den ihm vom Fürstbischof von Straßburg übertragenen Oberjägermeistersdienst zurückbezahle, und ist auf das jetzt in Originalurkunde vorgelegte Patent des klägerischen Erblassers vom Fürstbischof von Straßburg vom 22. Septbr. 1780 gegründet. Es ist nun nach dessen, von dem Großherzogl. Finanzministerium, als dem Vertreter des Fiscus anerkannten, Inhalt richtig, daß darin dem Erblasser der Kläger, als welche sie sich nunmehr zur Sache gehörig legitimirt haben, der Oberjägermeistersdienst des Fürstbisthums Straßburg übertragen wurde, und daß diese Uebertragung auf ihn, seine Wittwe, Erben und Rechtsnachfolger ausgedehnt war, allein nichts desto weniger konnte richterlich den Klägern der Dienst des Oberforstmeisters v. Müllenheim nicht zugesprochen werden, denn, abgesehen davon, daß das

Fürstbisthum Straßburg als solches, also auch seine Staatsdienste, in der französischen Revolution und den sie gefolgt habenden Friedensschlüssen zu Grunde gegangen ist, also von der Uebertragung eines Oberjägermeistersdienstes des Fürstbisthums Straßburg keine Rede seyn kann, so hat der Lüneviller Friedensschluß und der Reichsdeputationshauptschluß nirgends ausdrücklich anerkannt, daß Anwartschaften auf Stellen in den in ihm den verschiedenen deutschen Fürsten zugewiesenen Ländern fortbestehen. Sodann hat der Erblasser der Kläger im Jahr 1803 eine Anstellung im Großherzogthum Baden gesucht, und sie auf seinen frühern Dienst hin im Fürstbisthum Straßburg auch erhalten, für diesen Dienst hat er sich aber keine Erblichkeit bedungen, und es kann daher von dem ersten Theile des Klagsuchens um so weniger den Klägern etwas zugesprochen werden, als die Gerichte überhaupt nicht berechtigt wären, eine solche Dienstübertragung an die Kläger auszusprechen, da dieses ein verfassungsmäßiges Recht der Krone ist, welches der richterlichen Competenz nicht unterliegt.

Hinsichtlich des zweiten Klagsuchens der Zurückbezahlung von 18,000 Livres ist aber in der Klagurkunde allerdings enthalten, daß diese Zurückzahlung Statt finden solle an die Wittwe, an die Erben oder Rechtsfolger des v. Müllenheim, wenn der Fürstbischof von Straßburg oder seine Nachfolger über das Amt des Oberjägermeisters anders disponiren, d. h. es nicht der Familie des v. Müllenheim belassen würde. Vergleicht man nun die Klage mit der sie nach der Kläger eigener Angabe begründenden Urkunde vom 22. Sept. 1780, so wird darin unverkennbar eine Einzahlung des v. Müllenheim von 18,000 Livres als Diensteinlage, als Werth des Dienstes, wie die Urkunde sagt — qui est la finance du dit office — vorausgesetzt, und um deren Zurückzahlung, wie die Klage ausdrücklich sagt, gebeten. Diese Einzahlung der 18,000 Livres in die Staatskasse des Fürstbisthums Straßburg wurde nun vom Beklagten widersprochen, und dem Kläger zum Beweis auferlegt. Diesen Beweis hat er aber lediglich nur mit den aus der Klagurkunde geschöpften Unterstellungen angetreten, daß dem von Müllenheim der Dienst nicht übertragen worden wäre, wenn er die 18,000 Livres nicht bezahlt gehabt hätte. Allein dieses ist nur eine weit hergeholte Vermuthung, sie selbst liegt nicht einmal in der Urkunde vom 22. Sept. 1780 und nicht in der vom 1. Dec. 1792, sie kann als eine Vermuthung nach L. R. S. 1353 einen Beweis nicht einmal zu einem Nothеid einleiten, und ist, wenn man auch hier von den Beweisvorschriften des Landrechts für eine unter der Herrschaft des alten Rechts geschehene Thatsache absehen will, jedenfalls so ferne, und durch nichts unterstützt, daß man kein Gewicht darauf legen kann. In so fern also die Einzahlung der 18,000 Livres in eine Staatskasse des Fürstbisthums Straßburg zur Begründung der Klage gehört, entbehrt sie jedes Beweises, so daß die Klage aus diesem Grunde verworfen werden mußte. Der vom Kläger über die Bedeutung der Worte „la finance“ und „rembourser“ angetretene Beweis durch Sachverständige, war aber als unerheblich nicht zu berücksichtigen, denn mögen diese Wörter eine Uebersetzung im Deutschen erhalten, welche sie wollen, so hat der Kläger einmal seine Klage zuerst auf die Einzahlung der 18,000 Livres gebaut, solche ist nicht bewiesen, die Uebersetzung der beiden Wörter soll aber nicht die geschehene Zahlung, sondern gerade eher die Nichtnothwendigkeit dieser Zahlung, also gerade die Nichtzahlung beweisen, so daß für die Klagbegründung in dieser Beziehung daraus durchaus nichts folgt.

Allein mag man auch von dieser Klagbegründung absehen, und selbst die spätere des Klägers annehmen, daß nämlich die Urkunde vom 22. Sept. 1780 in Verbindung mit der vom 16. Octbr. 1780 eine Uebertragung des Dienstes des Oberjägermeisters als Lehen enthalten, und die 18,000 Livres als Entschädigung für das Entziehen dieses Lehens zur Zahlung an die Familie des Lehensinhabers bestimmt seien, so bleibt hinsichtlich dieser und jeder Klagbegründung immerhin das bestehen, daß diese Auszahlung der 18,000 Livres nur auf den Fall festgesetzt worden ist, wo der Fürstbischof oder seine Nachfolger dem v. Müllenheim oder seinen Erben den übertragenen Dienst wieder entziehen, und darüber anderwärts disponiren. Dieses ist also die Bedingung der Zahlung der 18,000 Livres. Nun hat aber weder der Fürstbischof zu Straßburg, noch Baden, als Nachfolger desselben, über den Oberjägermeistersdienst des Fürstbisthums anderwärts disponirt, sondern das Fürstbisthum selbst, also auch mit ihm sein Dienst eines Oberjägermeisters ist untergegangen, an diesem Untergange ist Baden nicht schuldig, also auch nicht verpflichtet, mit seiner Staatscasse dafür Gewähr zu leisten, sondern der Untergang ist durch höhere Gewalt, durch die französische Revolution geschehen. Es ist demnach die Bedingung der Rückzahlung der 18,000 Livres nicht eingetreten, und Kläger kann also überhaupt keine Klage darauf begründen. Aus seiner Bestallungsurkunde kann also die Bezahlung der 18,000 Livres nicht begründet werden. Der Lüneviller Frieden und der Reichsdeputationshauptschluß von 1803 giebt dem v. Müllenheim aber nur ein Recht auf Pension oder Anstellung in Baden, letztere hat er erhalten, und so ist ihm der Fiscus zu nichts verpflichtet. Nur bei der ersten Bestallung des v. Müllenheim als Oberjägermeister des ganzen Fürstbisthums ist von diesen 18,000 Livres die Rede. Bei der spätern Bestallung des v. Müllenheim vom 1. Decbr. 1792 als Oberjägermeister des diesseits gelegenen an Baden gefallenen Antheils des Fürstbisthums Straßburg, oder bei der Bestallung des v. Müllenheim als badischer Oberforstmeister ist dem v. Müllenheim eine Zurückzahlung

von 18,000 Livres nicht zugesichert, und in dieser Beziehung also auf den badischen Fiscus keine Verbindlichkeit gelegt worden, weil er für die jenseits des Rheins zu Grunde gegangenen Dienste nicht zu haften hat.

Es trifft dieses auch mit den hier geltend zu machenden Rechtssätzen ganz überein. Der Fürstbischof von Straßburg, Fürst Rohan, war französischer Fürst, und bekannt ist es, daß in Frankreich die Aemter schon lange her, insbesondere aber unter den Bourbonen alle verkauft wurden. Diese Einrichtung hat der Fürstbischof von Straßburg nachgeahmt, und der v. Müllenheim hat seine Stelle des Oberjägermeisters gekauft und zwar um 18,000 Livres — qui est la finance du dit office. Nun ist aber nach Merlin rep. mot. office Nr. II. la finance vom titre wohl zu unterscheiden; la finance d'un office était la creance sur le prince representative des deniers, qui avaient été versés dans le tresor public par le premier aquereur de cet office; so daß also das Wort „finance“ hier allerdings nichts anders heißt, als die Kaufsumme des Dienstes des Oberjägermeisters. Nun lehrt zwar Merlin l. c., daß man überall nur Eigenthümer und Besitzer des Dienstes werden könne, wenn man die finance bezahlt habe, es ist also nicht unwahrscheinlich, daß v. Müllenheim, der den Dienst wirklich besaß, die 18,000 Livres auch wirklich bezahlt hat, allein abgesehen davon, daß auch in dieser Beziehung den Klägern immer der Hauptumstand entgegentritt, daß ihnen die Rückzahlung nur für den nicht eingetretenen Fall der anderweitigen Disposition des Fürstbischofs, oder seines Nachfolgers über den Dienst außerhalb der Familie des v. Müllenheim zugesagt ist, so lehrt auch Merlin l. c. Nr. IV. ganz übereinstimmend mit dieser Bedingung, und ihrem Nichteintritt bei dem Untergang des Fürstbisthums Straßburg, daß für das verkaufte Amt keine Gewähr geleistet werde, wenn es aus andern Ursachen, als sie im Verkäufer liegen, nicht übertragen werden kann. Er führt zwei Urtheile an, vom Parlament zu Paris vom 26. Mai 1742 und vom Parlament der Provence vom 30. Juni 1642, wo vom Verkäufer eines Amts für ein unterdrücktes, oder hinsichtlich seines Einkommens verändertes Amt keine Gewähr geleistet wurde. Hier nun ist das Amt des Oberjägermeisters des Fürstbisthum Straßburg nicht aus Ursachen des Verleihers, Fürst Rohan, oder dessen Nachfolgers, Baden, sondern wegen der französischen Revolution zu Grunde gegangen, sie haben also kein Gewähr dafür zu leisten, die Bedingung der Rückzahlung ist auch hier nicht eingetreten, und so ist die Klage schlechthin unbegründet, und mußte verworfen werden.

Aus Vorstehendem folgt nun aber auch, daß die später versuchte Klagbegründung, das Wesen der Dienstübertragung als eine Lehensübertragung darzustellen, ganz irrig und unzuläßig ist. Vorerst erscheint diese Bezeichnung des klägerischen Rechts allerdings als eine unzuläßige Klagänderung. In der Klage werden die 18,000 Livres als eine wirklich bezahlte Diensteinlage zurückgefordert, jetzt aber bei der Darstellung des Rechtsverhältnisses des Dienstes des v. Müllenheim als ein Lehen wird die Klage auf die Bedingung der Entschädigungszahlung des Fürstbischofs von Straßburg gebaut. Im ersten Falle wird also die Thatsache der v. Müllenheim geschehenen Einzahlung selbst vorausgesetzt, im zweiten Falle wird aber diese Einzahlung gerade selbst geläugnet und als nicht nöthig dargestellt, sondern die Thatsache behauptet, daß die 18,000 Livres als Entschädigung für den Verlust des Dienstes bedungen worden seien. Es liegt also dem zweiten Vorbringen eines Lehens eine totale Aenderung der Klage in facto et jure unter, und solche ist daher als unzuläßig zu verwerfen.

Dieses Vorbringen ist aber auch ungegründet. Wäre das Oberjägermeisteramt als Lehen verliehen worden, so hätte man dieses Wort — im Französischen „fief“ — gebraucht, denn man wird nicht leicht einen Lehensvertrag finden, wo nicht das Wort Lehen gebraucht wird. Dagegen deutet das Wort „la finance“ auf den Verkauf des Amts. Ueberdieß hätte es bei der Lehensübertragung des Amts keineswegs einer Einweisung durch die fürstbischöfliche Regierung bedurft, sondern der Lehensbrief wäre vom Fürstbischof selbst ausgestellt worden, und wenn der Kläger eine Bestätigung des Lehensverhältnisses in dem in der Urkunde vom 6. October 1780 berührten Eid findet, so spricht dieß gerade gegen ihn, denn dieser Eid ist nicht der Lehensvasalleneid, das hommagium, sondern lediglich nur der Diensteid, den der v. Müllenheim als Diener, und nicht als Lehensmann schwor. Daß von Müllenheim jährlich 72 Livres par reconnaissance entrichten mußte, spricht abermals eher gegen das Wesen des Dienstes als Lehen, weil selbst die eigentliche Lehenswaare dem gemeinen deutschen Lehenrecht unbekannt war, und nur als eine spätere Finanzoperation eingeführt worden ist, ohne ein essentiale, oder auch nur ein naturale des Lehens zu bilden. Allein jeder Gedanke an ein Lehen wird ausgeschlossen, wenn man erstens bedenkt, daß das Amt schlechthin widerruflich ertheilt wurde, was allem Lehenrecht widerspricht, indem die Lehen unwiderruflich übertragen werden, und daß es sogar nicht nur dem v. Müllenheim und seinen Nachkommen, sondern sogar der Wittwe und dritten ganz unbekannten Rechtsfolgern, ayans cause übertragen wurde. Wenn hier ein feudum officii constituirt worden wäre, so wäre es als männliches Erblehen constituirt worden, daß aber der Fürstbischof von Straßburg im Sinn hatte, die Hofwürde des Oberjägermeisters der Wittwe des v. Müllenheim und seinen Rechtsfolgern ex quocunque titulo singulari zu übertragen, wenn er es zum Beispiel verpfändete, wird Niemand

annehmen, der Lehensrecht kennt. Ohnedieß wäre es auch eine große Sonderbarkeit des Rechts, wenn der Lehensherr, bei der proprio jure von ihm ausgehenden Belehnung mit einem Amte sich den Widerruf des Amts gegen eine dem Vasallen zu bezahlende Entschädigung von 18,000 Livres vorbehielte. Er kann ja den Widerruf sich unentgeldlich bedingen, und braucht dem Vasallen also nichts zu schenken. Ein Lehen liegt hier nicht vor, wohl aber die Sachfälligkeit der Kläger in jeder Beziehung, weßhalb sie auch in sämmtliche Kosten zu verfällen sind.

Sander.

Ueber condictio indebiti aus Rechtsirrthum, zu den Annalen Nr. 37 (erster Jahrgang) und Nr. 1 (zweiter Jahrgang).

Der französische Text des Art. 1376: „qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû,“ in Verbindung mit der ganz unbedingten Fassung des art. 1235 schien Zweifel zu lassen, ob der Grundsatz des römischen Rechts: „qui sciens indebitum solvit, donasse videtur,“ noch gelte; oder ob nach dem Code die Rückforderung einer Nichtschuld ohne alle Rücksicht auf Irrthum Statt habe. Dieß veranlaßte wie es scheint (Brauer VI. 766) die Redactoren des Landrechts zu der abweichenden Fassung des Art. 1376: „wer wissentlich oder aus Irrthum etwas annimmt, das ihm als Zahlung auf eine vermeinte aber nicht vorhandene Forderung gegeben wird rc.“

Inzwischen besteht auch unter den französischen Rechtslehrern in Anbetracht der Bestimmung des Art. 1377 §. 1 durchaus kein Zweifel an der Nothwendigkeit eines Irrthums für die Begründung der cond. indeb. und die badische Fassung des Art. 1376 involvirt keine Abweichung. Bestritten ist dagegen auch in Frankreich die Frage, ob nur ein Irrthum über Thatsachen, oder ob auch der über das Recht die Rückforderung begründe?

Hier verdient der Umstand angeführt zu werden, daß Zachariä, welcher in der zweiten Auflage seines Handbuchs (§. 378) noch die erste Meinung hatte, nun in der dritten Auflage (§. 442) sich für die letztere von Toullier vertheidigte Ansicht, unter Beziehung auf dessen Gründe, aussprach.

In der That sind auch diese Gründe so gediegen, daß sie wohl als das in den Annalen Nr. 1 (erster Jahrg.) zur Entscheidung aufgeforderte gereiftere Urtheil möchten gelten können, weßhalb ich es versuche, die Hauptmomente derselben hier kurz mitzutheilen.

Der Verpflichtungsgrund bei Verträgen ist die Einwilligung. Diese besteht nur durch richtige Einsicht in das Wesen des Gegenstandes der Einwilligung. Einwilligung aus Irrthum ist nicht Einwilligung, denn wer A. will, und in der Meinung dieses auszudrücken sagt, er wolle B., hat seinen Willen nicht ausgedrückt, er hat nicht consentirt.

Dieses ist auf gleiche Weise wahr, ob der Irrthum sich nur auf das factische Wesen des Vertragsgegenstandes, oder auf beides zugleich bezieht. Deßhalb sagt Art. 1109 mit Recht ohne Unterscheidung: „Eine nur durch Irrthum erlangte Einwilligung ist ungültig.“

Will nun aber der Richter unter Berufung auf Art. 1 (1 b. des L. R.) zwischen dem rechtlichen und dem thatsächlichen Irrthum unterscheiden, so steht ihm entgegen:

a. daß in der Regel wohl allgemeine Vorschriften durch besondere modificirt werden, nicht aber umgekehrt,

L. 81 D. de arg. jur. (L. R. S. 6 c.)

und daß die Bestimmung des Art. 1 jener des Art. 1109 gegenüber, offenbar allgemeinen Character hat.

b. Daß insbesondere hier die in Art. 1 (1 b.) aufgestellte allgemeine Regel über die verbindende Kraft der Gesetze, und der daraus abgeleitete allgemeine Satz, daß Rechtsirrthum schade, durch Art. 1109 beschränkt werden sollte, dieß geht daraus hervor, daß der Gesetzgeber nöthig fand, nur für zwei unter die Regel des Art. 1109 fallende Fälle, nämlich die der Art. 1356 und 2053, Ausnahmsbestimmungen zu machen, welche die allgemeine Regel des Art. 1 (1 b.) wiederherstellen.

Die Gesetzgebung gewinnt durch diese Ansicht folgende Gestalt:

Art. 1 (und 1 b.) enthält durch Aufstellung der Grundsätze über die verbindende Kraft der Gesetze den allgemeinen Satz: „daß Irrthum im Recht von Niemanden zu seinem Vortheil angeführt werden könne;“ und durch Art. 1109, in Verbindung mit Art. 1356 und 2053, wird bestimmt, daß bei Vertragsverbindlichkeiten überhaupt aller Irrthum ohne Unterschied die Einwilligung aufhebe, daß jedoch der Rechtsirrthum bei gerichtlichen Geständnissen (Art. 1356) und bei Vergleichen (Art. 2053) diese Wirkung nicht habe. — Exceptio firmat regulam.

Trefurt.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 9. Karlsruhe den 1. März 1834.

Ueber einige wesentliche Mängel in der Rechtspolizei.

Bereits in dem zweiten Einführungsedicte zum Landrechte vom Jahre 1809 ist eine Amtsrevisoratsinstruction verheißen, seit 21 Jahren aber nicht erschienen. Welche Nachtheile hieraus entstehen können, und täglich entstehen, mögen folgende Beispiele lehren.

1) Unser Landrecht verordnet in den Sätzen 826, 832, 833, daß Erbschaften wo möglich im Stücke getheilt, und jedem Erben gleich viel an beweglichen und unbeweglichen Gütern, an Gerechtsamen und Forderungen von gleicher Art und gleichem Werthe zugeschieden werden.

Diese Gleichheit soll durch Verloosung erreicht werden. Landrechtssatz 831, 834.

In der Praxis hingegen nimmt der Theilungscommissär geradeweg den Inventuranschlag der Vermögenstheile, zerlegt die Gesammtsumme in so viele Theile, als theilende Köpfe oder Stämme vorhanden sind, und weist nun jedem derselben, auf die Grundlage der Inventurtaxe hin, nach Belieben von Gütern und Forderungen so viel an, als sein Erbtheil beträgt, und dieß heißt dann die Erbverweisung, worin von einer Gleichheit in qualitativer Hinsicht höchst selten etwas zu finden ist. Die Erben werden verwirrt durch die Zahlen und Rechnungsmanipulationen, oder verlassen sich auch auf die Gesetzkundigkeit des Theilungscommissärs, bis ihnen aus den Folgen des Geschäfts dieses selbst hintenher klar wird.

Ja bei Erbtheilungen auf Todesfälle von einem Ehegatten, namentlich wo minderjährige Kinder vorhanden sind, ist es gar zu häufig, daß das ganze vorhandene Vermögen bloß inventirt, und den Kindern ihr Erbtheil in Geld berechnet wird. Diese Manipulation heißt Eventualtheilung, und veranlaßt nicht selten den überlebenden Elterntheil zu der Meinung, daß ihm das ganze Vermögen in natura als Eigenthum zugetheilt sei, und er an seine Kinder bloß Gleichstellungsgelder herauszuzahlen habe. Noch mehr, es wird zuweilen in solchen Fällen diese Zutheilung an den Elterntheil wirklich ausgesprochen, und die Kinder, welche kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr der Güter, Rechte und Forderungen ihres Erblassers getreten sind, erhalten jetzt ein einfaches persönliches Forderungsrecht an den überlebenden Elterntheil, verlieren also namentlich das Eigenthum an Liegenschaften, folglich auch den etwaigen Gewinn, welcher aus dem Steigen der Güterpreise für ihren Erbtheil fallen dürfte. Zwar könnte man einwenden, die Kinder erhielten dagegen ein fixes Kapital, was durch das Sinken der Güterpreise nicht vermindert werde. Allein dieses Kapital ist erst da gesichert, wo die Kinder minderjährig sind, weil sie hier ein gesetzliches Unterpfandsrecht gegen ihren Vormund, der gerade ihr Miterbe ist, genießen (L. R. S. 2135); sonst muß das Unterpfandsrecht für Gleichstellungsgelder überhaupt eingetragen werden.

Landrechtsatz 2109.

Sodann erkennen die Gesetze überall an, daß nur liegende Güter im Allgemeinen das sicherste Vermögen bilden, und diese Sicherheit darf den Erben, besonders minderjährigen, nicht entzogen werden.

2) Hat bei Erbtheilungen ein Erbe Vorempfänge einzuwerfen, so soll dieß in der Regel im Stück, und sonst durch Zurückstehen in der Theilung geschehen. L. R. S. 830, 858—860. Letzteres soll dadurch bewirkt werden, daß die Miterben einen Voraus erhalten, der in Qualität und Quantität dem Vorempfang gleich kömmt.

Dagegen wird in der Praxis abermals der Anschlag des Vorempfangs eingeworfen, dieser also wie eine ausstehende Forderung der Masse behandelt, und der einwurfspflichtige Miterbe nunmehr gleich den andern zur Vertheilung zugelassen.

3) Die Erben haften pro rata ihrer Erbtheile für die Schulden der Erbschaft, L. R. S. 873, und eben so sind die Activausstände der Masse kraft Gesetzes unter die Erben vertheilt.

Wenn deßhalb einem Erben der ganze Betrag einer Schuld zugewiesen wird, so ertheilen ihm dessen Miterben verhältnißmäßig eine Anweisung, an ihren gemeinschaftlichen Gläubiger zu zahlen, und der Letztere ist nach dem Gesetze nicht schuldig, ohne seinen Willen diese Anweisung anzunehmen. L. R. S. 2010 c.

Eben so ist die Zutheilung eines Activausstandes von Seiten mehrerer Erben an Einen Miterben nichts anders, als eine Cession ihrer Antheile, und diese bedarf nach L. R. S. 1690 einer Bekanntmachung an den Schuldner.

Gleichwohl ist es bei Erbtheilungen gebräuchlich, weder den Erbschaftsgläubigern noch den Schuldnern von dem Schicksale ihrer Forderung und ihrer Schuld irgend eine officielle Nachricht zu ertheilen, und daraus entstehen dann Prozesse zwischen den Erben unter sich, oder zwischen den Erben und Dritten, Gläubigern oder Schuldnern, Rechtsstreite, deren Verhütung und Abwendung Sache der Rechtspolizei seyn soll und seyn kann.

Freilich soll Jedermann selbst das Gesetz kennen, allein Amtsrevisoren und Theilungscommissäre mögen hier vorerst mit gutem Beispiele voran gehen, und die Betheiligten nicht zu Rechtsirrthümern verleiten.

Andere Mißstände, als die bei Erbtheilungen gerügten, ergeben sich bei Vermögensübergaben wegen mangelnder Bestimmung unserer Gesetzgebung.

Dieses Institut wird nämlich in vielen Fällen dazu mißbraucht, die Gläubiger herumzuziehen, oder wo möglich ganz um ihre Forderung zu bringen. Man sucht dieß auf folgende Weise zu bewirken.

Ein verschuldeter Hausvater, welcher in Gefahr ist, von seinen Gläubigern gedrängt zu werden, geht mit seinem Sohne oder Schwiegersohne zu dem Amtsrevisorate und erklärt, gegen ein erkleckliches Leibgeding sein Vermögen übergeben zu wollen. Von den nicht hypothekarisch versicherten Schulden wird dabei wohlweislich geschwiegen. Der Sohn oder Schwiegersohn, verlockt durch die Aussicht auf eine verbesserte Oeconomie, geht den Vertrag ein und übernimmt das Vermögen, bestehend in Gütern, Ausständen und Gerechtsamen.

Nun kommen die Gläubiger des Uebergebers, und belangen ihn auf Zahlung. Dieser gesteht wohl die Forderung zu, beruft sich aber darauf, daß er sein Vermögen übergeben habe und nicht bezahlen könne. Der Gläubiger geht hierauf an den Vermögensübernehmer, welcher aber erklärt, diese Forderung sei in dem Uebergabsvertrage nicht enthalten, die Vermögensübergabe sei eine Schenkung (L. R. S. 1100 a. b.) und der Schenknehmer hafte nicht für die Schulden des Schenkers. Zachariä Civilr. dritte Auflage §. 706 Bd. IV. S. 291, 292.

Auf diese Art ist der Gläubiger in einen verwickelten Prozeß gerathen, obschon es nach dem Gesetze unzweifelhaft ist, daß ihm gegen seinen Willen ein anderer Schuldner nicht aufgedrungen werden darf, und obschon der Erbe, welcher ein Vermögen überkommen hat, nach dem Tode des Uebergebers ohne Anstand bezahlen müßte. Meyer.

Ansichten eines Unterrichters über Versäumungserkenntnisse.

Ambros Schmitt von B. forderte an Sebastian Fritz allda, auf den Grund einer unter beiden gepflogenen und anerkannten Abrechnung, 96 fl. 15½ kr. nebst Zins. Die Klage vom 18. März v. J. wurde dem Beklagten vorschriftsmäßig behändigt und nachdem der Anwalt desselben gegen die Vorschriften des §. 233, 234 ff. der Prozeßordnung mehrere Fristen erhalten hatte, erfolgte endlich auf Anrufen des klagenden Theils unterm 10. Octbr. v. J. ein Versäumungserkenntniß dahin:

In Erwägung, daß der Beklagte in den ihm gestatteten Fristen die Einwendungsschrift nicht beigebracht hat, so wird durch Versäumungserkenntniß zu Recht erkannt:

daß der thatsächliche Klagvortrag für eingestanden anzunehmen und jede Schutzrede für versäumt, der Beklagte sohin für schuldig zu erklären sei: den eingeklagten Betrag ad 96 fl. 15½ kr. nebst Zins binnen 14 Tagen an den Kläger zu entrichten und die Kosten zu tragen. Von Rechtswegen.

Dieses Erkenntniß wurde dem Beklagten eröffnet, worauf er erklärte, daß sein Anwalt gegenwärtig krank sei, er müsse deßhalb um eine weitere 14tägige Frist bitten; hierauf erfolgte der amtliche Beschluß vom 11. Novbr. v. J., besagend:

Wird dem klägerischen Anwalt N. eröffnet: daß der Beklagte zum Vortrag seiner Einreden eine nochmalige Frist von 14 Tagen unter dem Rechtsnachtheil erhält, daß er nach Umlauf dieser Frist ausgeschlossen und der Klagvortrag als eingestanden angenommen werden soll.

Dagegen remonstrirte ich mündlich und der Beamte versprach auch, nach Umlauf der 14tägigen Nothfrist das Versäumungserkenntniß für vollzugsreif zu erklären, es wurde aber darüber nichts niedergeschrieben und als ich am 17. Dec. v. J. vor Gericht erschien, publicirte dasselbe folgenden Bescheid:

In Erwägung, daß der Beklagte auch in der ihm zuletzt gestatteten 14tägigen Frist seinen Einredevortrag nicht beigebracht hat, so wird durch Versäumungserkenntniß zu Recht erkannt:

daß derselbe mit seinen Einreden wiederholt auszuschließen und der Klagvortrag für eingestanden anzunehmen, sohin unter Verfällung in die Kosten für schuldig zu erkennen sei, die eingeklagten 96 fl. 15½ kr. nebst Zins binnen 14 Tagen bei Executionsvermeidung zu entrichten.

Jetzt fiel mir unwillkührlich die bekannte Anecdote von dem Caffeewirth Fischer ein, welcher als Zeuge auf jede Frage des Untersuchungsrichters erklärte: ich heiße Fischer und bin Caffeewirth, habe zwei Billards, eins oben und eins unten rc.

Da ich sogleich ein Erläuterungsgesuch dahin anstellte, ob dieß abermals als ein Versäumungserkenntniß zu betrachten und dem Beklagten die Nothfrist von 14 Tagen wiederholt gestattet sei, oder nicht, und da ich für den Bejahungsfall die Berufung gegen das bisherige Verfahren anzeigte, erhielt ich unterm 31. Decbr. v. J. folgenden Beschluß:

Ist dem rc. zu eröffnen:

In allen Fällen sind die Versäumungserkenntnisse in Urtheilsform zu erlassen, §. 670 der Prozeßordnung, folglich müssen diese Erkenntnisse auch wie Urtheile publicirt werden.

Mit der Verkündung der Urtheile an die Parteien ist aber nach §. 386 die Zustellung einer gedruckten Belehrung über das geeignete Rechtsmittel vorgeschrieben. Da diese Zustellung bei der Publication des Versäumungserkenntnisses vom 10. Octbr. v. J. unterlassen wurde, so konnte dieses Erkenntniß nicht die Rechtskraft beschreiten; dasselbe kann daher nicht für vollzugsreif erklärt werden. Sollte der Anwalt sich bei dieser Erläuterung nicht beruhigen können, so mag er seiner eventuell angezeigten Appellation Folge geben; wobei wir übrigens die Bemerkung beifügen, daß auch der Beklagte die Appellation angezeigt hat und deßhalb die Acten unter Einem an die großherzogl. Hofgerichtskanzlei abgesendet werden.

Ich werde nun nicht nothwendig haben, das juristische Publicum mit einer Vorlesung über dieses Verfahren und die ausgesprochenen Ansichten des Unterrichters zu beschweren, da dieselben durch die klaren Bestimmungen der §§. 657, 658, 659, 660, 669 der Prozeßordnung ihre hinreichende Abfertigung finden, namentlich wenn man erwägt, daß nach §. 657 die Zustellung eines Versäumungserkenntnisses unter Hinweisung auf die §§. 262, 263 und 272—274 der Prozeßordnung zu geschehen hat, also der allegirte §. 386 hier nicht einschlägt; nur das erlaube ich mir noch zu bemerken, daß ich die eventuell angezeigte Berufung nicht fortsetzte, weil bereits die 14tägige Nothfrist umlaufen und somit auch nach §. 389 der Prozeßordnung die Rechtskraft für das letzte Versäumungserkenntniß eingetreten war, eine Appellation gegen Versäumungserkenntnisse, wie das vorliegende ist, nach §. 1178 der Prozeßordnung nicht Statt findet, also auf jeden Fall das Vollzugsverfahren auf Anrufen des Klägers erfolgen muß. H...

Anmerkung. Dieser Fall beweist allerdings wieder, daß es Beamte giebt, welche mit der neuen Prozedur noch gar wenig vertraut sind. Es wird dieß übrigens bei jeder neuen Gesetzgebung jedesmal lange Zeit der Fall seyn.

Der Anwalt hätte indessen sogleich gegen die Verfügung vom 11. Novbr. v. J. die Appellation ergreifen sollen, weil diese das vorausgegangene Versäumungserkenntniß wieder aufhob. Sie hat nämlich dem Beklagten nicht nur die gar keiner Bewilligung bedürfende 14tägige Wiederherstellungsfrist des §. 658 eingeräumt, sondern eine neue Frist zum Vortrag der Einreden mit der Androhung, daß sonst die Klage erst als eingestanden angenommen werde, festgesetzt, dadurch also den in dieser Beziehung bereits erfolgten Ausspruch des Rechtsnachtheils wieder zurückgenommen.

Diese Zurücknahme des Erkenntnisses vom 10. Octbr. war nun, da sie nicht auf ein gesetzliches Wiederherstellungsgesuch nach den §§. 659 oder 663, noch überhaupt auf ein gegen jenes Erkenntniß gebrauchtes Rechtsmittel erfolgte, nach §. 1165 ungesetzlich, und darum eine Beschwerde dagegen gegründet. Wurde aber keine solche Beschwerde von Seiten des Klägers verfolgt, so wurde, da die bloß mündliche Erläuterung des Beamten nichts gilt, das gesetzwidrige Erkenntniß vom 11. Novbr. selbst wieder rechtskräftig, und der Kläger kann sich nicht mehr beschweren, wenn auf den Grund desselben unterm 17. Decbr. eine jenem Erkenntnisse ganz angemessene neue Entscheidung erfolgte.

D. R.

Ueber das Gantverfahren nach der neuen Prozeßordnung.

Bei einer schon viele Jahre rechtshängigen Gant bedürfen folgende Fragen einer nähern Erörterung:

I. Wer darf zum Gläubigerausschuß gewählt werden und worin besteht dessen Wirkungskreis?

II. Welches ist der Geschäftsumfang des Massepflegers und des Gantanwaltes?

III. Was für Gläubiger sind berechtiget, aus der Gantmasse eine Abschlagszahlung zu verlangen?

Zu I.

Nur wirkliche Gantgläubiger, welche entweder am Wohnsitze des Gantrichters oder wenigstens in dessen Nähe wohnen, dürfen zum Gläubigerausschuß gewählt werden.

Neue Prozeßordnung §. 885.

Wenn demnach vom Gantrichter die Wahl auch solcher Mitglieder jenes Ausschusses zugelassen wird, welche nicht wirkliche Gantgläubiger sind, sondern diese nur gerichtlich vertreten (z. B. deren Anwälte), so ist die Wahl derselben als unstatthaft zu betrachten.

Der nach gesetzlicher Vorschrift gewählte Gläubigerausschuß repräsentirt die Gesammtheit der Gantgläubiger und ertheilt sonach dem Massepfleger diejenigen Ermächtigungen und Genehmigungen, welche sonst (wenn kein Ausschuß vorhanden wäre) von jener Gesammtheit zu ertheilen seyn würden.

Neue Prozeßordnung §. 885.

Der Gläubigerausschuß hat ferner die Aufsicht über den Massepfleger, theils in allgemeiner Beziehung als Reprä-

sentant der Gesammtcreditorschaft, theils insbesondere in denjenigen speciellen Fällen, deren im §. 840 der neuen Prozeßordnung ausdrücklich Erwähnung geschieht.

Zu II.

Die Geschäfte des Massepflegers sind in den §§. 840, 844, 932, 933, 934, 937 der neuen Prozeßordnung und jene des Gantanwaltes in den §§. 829, 840 Nr. 3, 844, 865, 866, 876, 919 der neuen Prozeßordnung näher angegeben.

Der Gantanwalt hat insbesondere

1) beim Liquidationsverfahren sich auf jede einzelne Forderung zu erklären. Neue Prozeßordnung §. 829, 865.

2) Hat er bei streitigen Ansprüchen die Prozeßlegitimation des Massepflegers und in zweifelhaften Fällen jene des Gläubigerausschusses nothwendig. Neue Prozeßordnung §. 840 Nr. 3.

Rathsam wird es für ihn seyn, in allen Fällen die Genehmigung des Ausschusses einzuholen, weil die meisten Fälle zweifelhaft seyn werden und auch der Massepfleger unter der Aufsicht des Ausschusses steht, wie bereits oben bemerkt wurde.

3) Rechtsmittel kann er nur mit der Zustimmung des Ausschusses ergreifen. Neue Prozeßordnung §. 919.

4) Der Gantanwalt hat vom Gläubigerausschusse die Ermächtigung einzuholen, daß bei Appellationen (auf den allenfallsigen Antrag des Gegners) nach dem §. 1226 der neuen Prozeßordnung verhandelt werde.

Dieser §. 1226 erfordert nämlich die Uebereinstimmung beider streitenden Theile und einer von diesen ist doch wohl die betreffende Gantmasse, welche nach dem oben Bemerkten durch den Gläubigerausschuß repräsentirt wird. So gewiß der Gantanwalt zur Ergreifung von Rechtsmitteln der Zustimmung des Gläubigerausschusses bedarf, eben so gewiß hat er diese Zustimmung zu derjenigen Appellationsverhandlung nothwendig, welche nach §. 1226 der neuen Prozeßordnung der übereinstimmenden Wahl der Parteien überlassen wird.

Ueberhaupt hat

5) der Gantanwalt sich in allen jenen Fällen nach den besondern Aufträgen des Gläubigerausschusses und des Massepflegers zu richten, welche nicht eine unmittelbare Folge seines Handgelübdes (neue Prozeßord. §. 829, 865) und welche bloß auf die Liquidationsverhandlungen in erster Instanz beschränkt sind.

Zu III.

Nach der deutlichen Vorschrift des §. 841 der neuen Prozeßordnung hat der Richter eine Abschlagszahlung an Gläubiger von richtig gestellten Forderungen alsdann zu verfügen (und zwar ohne Sicherheitsleistung), wenn es vollkommen gewiß ist, daß der einzelne Gläubiger, gemäß der gesetzlichen Rangordnung, jene Abschlagszahlung aus der Gantmasse erhalten werde.

Ist das Letztere bloß wahrscheinlich, so kann diese Zahlung nur gegen Sicherheitsleistung auf den Fall der Wiedererstattung verfügt werden.

Wenn demnach

1) der Richter von einem bestimmten Gantgläubiger gebeten wird, ihm eine Abschlagszahlung aus der Masse und zwar ohne Sicherheitsleistung verabfolgen zu lassen, so hat

A. der Richter zu erwägen, ob jener Gläubiger nach dem künftigen Vertheilungsbescheide (Prozeßordnung §. 923) die verlangte Abschlagszahlung auch wirklich erhalten werde.

Hierbei wird er das Ganturtheil (neue Prozeßord. §. 891) mit dem Activvermögen der Gantmasse zu vergleichen und nöthigenfalls auch den Gläubigerausschuß so wie den Massepfleger zu vernehmen haben.

B. Wenn nun das Resultat dieser Prüfung für den bittenden Gläubiger günstig ist, so muß der Richter die Abschlagszahlung verfügen.

Man könnte hier zwar einwenden, daß der §. 841 der neuen Prozeßordnung diesen Beschluß dem Richter nicht gebiete; allein die ganze Fassung dieses Paragraphen und das den Gläubigern deßfalls eingeräumte Recht läßt doch wohl keinen Zweifel übrig, daß der Gantrichter die Abschlagszahlung verfügen müsse, wenn die gesetzlichen Bedingungen hierzu vorhanden sind.

C. Auf den Fall, daß eine abschlägige Verfügung erfolgt, hat der abgewiesene Gläubiger das Recht, sich beim Oberrichter zu beschweren und es entsteht nun die Frage, welches Rechtsmittel hier das geeignete sei.

In dieser Hinsicht ist zu bemerken:

a. Der Verfasser dieses Aufsatzes hat den concreten Fall im Auge, daß die unter A. und B. oben erwähnte Prüfung ein günstiges Resultat gehabt habe; daß ferner der Gläubigerausschuß jene Abschlagszahlung für alle, unter der gesetzlichen Vorschrift begriffenen Gläubiger vom Gantrichter ausdrücklich verlangt habe.

Hier würde nach dem frühern Prozeßrechte eine einfache Beschwerde gegen den Richter am Platze seyn, weil selbst die Gegenpartei mit dem Verlangen des Beschwerdeführers einverstanden ist.

Nach der neuen Prozeßordnung hingegen ist das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nicht gegründet, weil keiner der im §. 1244 der neuen Prozeßordnung bestimmten Fälle hier vorhanden ist.

Demnach erscheint

b. das Rechtsmittel der Appellation als das einzig zulässige, obwohl nicht ganz geeignete.

Dieses ist nun auch in dem wirklich vorhandenen Falle

vom Oberrichter zugelassen worden, in welcher Hinsicht Folgendes zu bemerken ist:

α. Alle in einem Gantverfahren vorkommenden Prozeßverhandlungen sind in den Formen des abgekürzten Verfahrens zu pflegen.

Neue Prozeßordnung §. 752.

Dahin gehört ohne Zweifel das Gesuch einzelner Gläubiger um eine Abschlagszahlung während der Gant und es kömmt also bei der Appellation der §. 1206 der neuen Prozeßordnung zur Anwendung.

β. Wenn der Appellant mit Berufung auf den §. 1226 der neuen Prozeßordnung die Appellationsverhandlungen in erster Instanz verlangt und der Gläubigerausschuß seine Zustimmung ertheilt, so ist dem Begehren des Erstern zu entsprechen und nach erfolgter Uebergabe der Appellationsvernehmlassung das Urtheil in geheimer Sitzung — ohne weitere mündliche Rechtsausführung — zu fällen.

γ. Der Gantanwalt darf über die Appellationsbeschwerdeschrift nur alsdann vernommen werden, wenn er dem §. 919 der neuen Prozeßordnung genügt hat *).

Diese Vernehmlassung kann vielmehr nur von Seiten des Gläubigerausschusses erfolgen, welcher besonders im vorliegenden Falle mit dem Appellanten aus Interesse für die Gesammtcreditorschaft einverstanden ist.

Würde jedoch der Ausschuß für angemessen erachten, die Appellationsbeschwerdeschrift durch den Masseanwalt beantworten zu lassen, so würde sich dieser genau an den, vom Erstern erhaltenen Auftrag (s. oben zu II. Nr. 5) zu halten haben.

*) Welcher Forderung soll er Genüge leisten? — Im §. 919 ist hievon nichts gesagt. Die Zustimmung der Gläubiger oder ihres Ausschusses hat der Gantanwalt nur dann einzuholen, wenn er selbst ein Rechtsmittel ergreifen will, nicht aber auch, wenn er nur auf Rechtsmittel einzelner Gläubiger Namens der Masse die Vernehmlassung abzugeben hat.

Sofern man nun annimmt, daß bei einer fürsorglichen Zahlungsanweisung an bevorzugte Gläubiger auch die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger betheiligt ist (und dieß wird hiebei jedesmal der Fall seyn), wird nach dem §. 919 allerdings nur der Gantanwalt und zwar ohne Mitwirkung des Ausschusses die Masse zu vertreten haben. Der Ausschuß wäre nur (nebst den speciell betheiligten Gläubigern) alsdann zu vernehmen, wenn im Wege gütlicher Vereinbarung eine fürsorgliche Zahlungsanweisung zu Stand kommen sollte.

Mit der Vertretung der Masse in strittigen Fällen hat der Ausschuß, außer der etwa zu ertheilenden Ermächtigung zu einer Klage (§. 840 Nr. 3) oder zu Ergreifung eines Rechtsmittels (§. 919), nichts zu thun. D. R.

Es ist nun

2) noch mit einigen Worten von dem Falle zu reden, wenn es bloß wahrscheinlich ist, daß der um eine Abschlagszahlung bittende Gläubiger diese Summe aus der Masse erhalten werde.

Hier hat derselbe die nöthige Sicherheit zu leisten (§. 841 der neuen Prozeßordnung); wenn er sie aber geleistet hat, alsdann muß der Richter die Abschlagszahlung verfügen.

Ueber die desfallsige Prüfung und Verfügung des Richters kömmt das oben bei Nr. 1 Ausgeführte auch hier zur Anwendung. y.

Anfrage über §. 1244 Nr. 2 der Prozeßordnung.

Unterm 12. Juli v. J. hatte E. gegen M. Pfändung der Früchte auf dem Halm nachgesucht, und das Amt verfügte unterm 13. desselben Monats:

„wird auf die Früchte auf dem Halm und die übrigen Erzeugnisse des Beklagten Beschlag erkannt, und der Bürgermeister zum Vollzug nach Abschnitt III. der Vollstreckungsordnung angewiesen."

Als aus den Halmfrüchten keine Zahlung erfolgte, vertröstete der Bürgermeister den ihn an den Vollzug ermahnenden E. auf den Erlös aus dem heurigen Weinerwachs des M., indem ja der amtliche Arrestbefehl in den Worten: „und die übrigen Erzeugnisse," sich auch auf diesen erstrecke *).

Unterm 6. Octbr. v. J., gerade nur wenige Tage vor der Weinlese, erwirkte auch L. einen Beschlag auf den Weinerwachs des M.

Es war nicht zu erwarten, daß der Erlös aus dem M'schen Herbste zur Deckung der beiden Forderungen, des E. und des L., hinreichen werde, darum stritten sich beide Gläubiger vor dem Vollstreckungsbeamten, dem Bürgermeister, um den Vorzug, und Letzterer beschied sich, amtliche Verfügung darüber abzuwarten.

Dieses referirte L. dem Amte und trug weiter vor: er habe sein Arrestgesuch auf den Weinerwachs des M. in der in §. 1009 der Prozeßordnung vorgeschriebenen Zeit angestellt, nicht aber so E., dessen Arrestverfügung schon unterm 13. Juli, also, mit Hinsicht auf den Weinerwachs, vor der im §. 1009 der Prozeßordnung vorgeschriebenen Zeit erlassen worden sei, es sei somit klar, daß E. ihm nachstehen müsse,

*) Wurde die Pfändung auf den Herbsterwachs nach §. 1010 der Prozeßordnung auch wirklich vorgenommen? — Ehe dieses geschah, konnte der Beschlag nicht einmal gegenüber dem Schuldner, viel weniger noch gegenüber andern Gläubigern irgend eine Wirkung haben. D. R.

und er bitte daher, das Bürgermeisteramt anzuweisen, ihn vor E. aus dem Weinerlöse des M. zu befriedigen *).

Das Amt verfügte sofort nach diesem Antrage.

Durch diese Verfügung hielt sich nun aber E. für beschwert, weil ihm durch dieselbe ein zwischen ihm und L. streitiges Recht sei abgesprochen worden, ohne mit seiner Vertheidigung gehört worden zu seyn. Er griff daher zum Rechtsmittel der Beschwerdeführung bei dem Obergerichte, bat um Aufhebung der amtlichen Verfügung und Zulassung seiner Vertheidigung gegen den L'schen Anspruch.

Das Obergericht erklärte die Beschwerde für formell unzulässig, weil sie weder durch §. 1244 der Prozeßordnung begründet, noch sonst nach einem andern Gesetze besonders und ausdrücklich gestattet sei.

Hätte nicht der Beschwerde, zufolge einer logischen Interpretation des §. 1244 Nr. 2 der Prozeßordnung, Statt gegeben werden können? **)

---

*) Im Falle, daß keine andere freie angreifbare Vermögenstheile des Schuldners zur Befriedigung des E. vorhanden waren, konnte es auf die Frage, wer zuerst die Pfändung gültig erlangt habe, gar nicht ankommen, da so lang, als nicht die Versteigerung geschehen und ein Gläubiger nach §. 1073 u. 1074 der Prozeßordnung aus den Ergebnissen derselben befriedigt war, jeder andere Gläubiger Einsprache machen und mithin Theil nehmen, oder die Ganteröffnung (§. 815) und die Einziehung der gepfändeten Objecte zur Gantmasse fordern konnte. §. 1072 Nr. 2 — 1076. D. R.

**) Der §. 1244 Nr. 2 spricht von dem Falle, da der Richter die Verhandlung oder Entscheidung verweigert. Von einer solchen Verweigerung ist nun aber hier keine Rede, da die Entscheidung nur zu schnell, nämlich ohne vorerst den E. über den Antrag des L. auch nur zu vernehmen, erfolgte, nach erfolgter Entscheidung aber doch nicht erst noch verhandelt werden kann.

Gegen ein unrichtiges Verfahren giebt der §. 1244 Nr. 2 kein Beschwerderecht, sondern nur da, wo jedes gerichtliche Verfahren überhaupt verweigert wird.

Es wird sich aber fragen, ob nicht die Nr. 7 des §. 1241, in Verbindung mit dem §. 963 im vorliegenden Falle eine Beschwerdeführung zuläßig gemacht hätte. Nach dem §. 963 steht nämlich gegen richterliche Verfügungen, welche eine

„Verletzung gesetzlicher Vorschriften beim Vollstreckungsverfahren"

enthalten, dem dadurch Benachtheiligten die Beschwerdeführung zu; es kommt daher darauf an, ob es sich hier nur um eine die gesetzlichen Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens verletzende richterliche Verfügung handle.

Man muß unterscheiden zwischen den bloß das Verfahren leitenden richterlichen Verfügungen und zwischen den wirklichen Entscheidungen.

Gegen Erstere findet nach §. 963 die Beschwerdeführung und gegen Letztere nach §. 1175 Nr. 3 die Appellation Statt. Eine Beschwerdeführung ist aber nicht mehr zuläßig, wenn der das bloße Verfahren betreffenden Verfügung bereits eine Entscheidung nachgefolgt ist, wie dieß auch der zweite Absatz des §. 962 andeutet.

Die Entscheidung bildet alsdann den Gegenstand der Beschwerde, wenn gleich etwa die vorausgegangene gesetzwidrige Verfügung der Grund derselben ist, denn jene ist es, deren Aufhebung oder Abänderung der Beschwerte begehrt, da ihm die Aufhebung der vorausgegangenen Verfügung nichts nützen würde, wenn die darauf gefolgte Entscheidung selbst stehen bliebe.

Im vorliegenden Falle ist nun die Entscheidung, daß L. und nicht E. aus dem Weinerlöse befriedigt werden soll, der Gegenstand der Beschwerde, diese Entscheidung muß beseitigt werden, wenn dem E. geholfen seyn soll, und wenn gleich der Mißgriff im Verfahren, wornach derselbe mit seiner Vertheidigung gar nicht gehört wurde, mit einen Grund für jene Beschwerde abgiebt, so hat er diesen Beschwerdegrund denn doch nur mit der gegen die Entscheidung selbst gerichteten Appellation geltend zu machen. D. R.

Hofgericht am Unterrhein.

Darf man in der Wiederherstellungsklage nicht bloß neue Thatsachen und Beweise vorbringen, sondern selbst neue Ansprüche erheben?

Göller gegen Göller.

Gegen die Gantmasse des Franz Göller liquidirten dessen Schwestern Josephine und Kartharine Göller bestimmte Ersatzforderungen und nahmen dafür ein richterliches Unterpfandsrecht in Anspruch.

Der Ordnungsbescheid setzte beide Forderungen, vom Tag des angesprochenen Unterpfandsrechts an, in die dritte Klasse. Obgleich auf diese Art ganz nach dem Begehren der Liquidanten erkannt war, so ließen sie dennoch in der Folge, als sie die Ueberzeugung gewonnen hatten, daß durch ältere Vorzugsrechte die Masse absorbirt und ihnen nichts zu Theil werden würde, eine Wiederherstellungsklage mit eventueller Appellationsrechtfertigung bei dem Gantgerichte übergeben, worin sie vom Jahr 1813 an das gesetzliche Unterpfandsrecht der Minderjährigen geltend zu machen versuchten, indem sie vorgaben: daß der Cridar von jener Zeit an ihr Vormund und Vermögensverwalter gewesen sei.

Der Gantrichter verwarf jedoch die Restitutionsklage sowohl wegen Mangels der Formalien als Materialien und wieß in den Entscheidungsgründen nach, daß die Wiederherstellungskläger im Jahr 1813 schon längst die Großjährigkeit erreicht gehabt hätten.

Dieß wurde denn auch von den Imploranten, die gegen das Verwerfungserkenntniß appellirten, in der Beschwerdeschrift ausdrücklich zugegeben und nun, vom 12. Febr. 1802

an, das gesetzliche Vorrecht des Kaufschillings und Erbgleichstellungsgeldes angesprochen, weil der Gemeinschuldner in jenem Jahr das elterliche Gut um einen Anschlag übernommen und von daher die liquidirten Forderungen zur Gleichstellung an sie herauszuzahlen habe.

Auf gepflogene Appellationsverhandlung erfolgte am 1. Febr. d. J. das hofgerichtliche

Erkenntniß:

„In Erwägung, daß die Frist zur Appellation gegen den am 12. August v. J. verkündeten Ordnungsbescheid in dieser zum abgekürzten Verfahren geeigneten Sache mit dem 2. Sept. abgelaufen, bis dahin aber ein Rechtsmittel weder angemeldet noch eingeführt worden ist;"

„In Erwägung, daß daher der am 3. Sept. bei dem Gantgericht eingereichte, als Wiederherstellungsklage mit eventueller Appellationsbeschwerdeschrift betitelte Schriftsatz einzig noch in der ersten Bedeutung angenommen werden konnte, nicht nur weil der amtliche Bescheid bereits in Rechtskraft erwachsen, sondern auch, weil die Cumulation eines ordentlichen devolutiven Rechtsmittels mit einem außerordentlichen, nicht devolutiven Rechtsmittel an sich eben so unvereinbarlich als unstatthaft ist;"

„In Erwägung aber, daß nach den §§. 1251 und 1259 der Prozeßordnung, wenn die Wiederherstellungsklage auf neue Thatsachen oder Beweise gegründet werden will, der Beweis über rechtzeitige Erhebung derselben entweder

1) durch Urkunden, oder aber

2) durch ein umständliches, schriftliches von der Partei selbst unterzeichnetes Erbieten zum Eide, gleichzeitig angetreten werden muß;"

„In Erwägung, daß solche auch in der Hauptsache nicht als begründet erscheint, weil durch sie kein Recht, welches in der Liquidationstagfahrt angesprochen und in dem Ordnungsbescheide aberkannt worden wäre, besser darzuthun versucht, sondern etwas ganz anderes und neues begehrt wird, indem die Liquidanten statt des im Anmeldungstermin vom 21. Febr. v. J. für ihre Forderungen in Anspruch genommenen und durch den Ordnungsbescheid vom 13. Juli v. J. ihnen zuerkannten richterlichen Unterpfandsrechts vom 26. Juli 1831 an, nunmehr

1) in der Wiederherstellungsklage auf den Grund der L. R. S. 2121 und 2135 das gesetzliche Unterpfandsrecht der Minderjährigen von 1813 an prätendiren, in der Appellationsbeschwerdeschrift aber zugeben, daß sie im Jahr 1813, als der Cridar Franz Göller ihr Vermögen in Verwaltung übernommen, bereits großjährig gewesen seien — dagegen

2) in der Berufungsrechtfertigungsschrift mit Bezug auf L. R. S. 2103 Nr 1 und 3 das Vorrecht des Restkaufschillings und Erbgleichstellungsgeldes vom 12. Febr. 1802 verfolgen und lediglich darauf zu erkennen bitten;"

„In Erwägung aber, daß nach dem §. 1221 Nr. 3 und 5 und §. 1262 der Prozeßordnung weder das eine noch das andere Begehren rechtlich zuläßig und überall kein Grund zu einer Beschwerde vorhanden ist;"

Aus diesen Gründen wird die gegen den amtlichen Bescheid vom 17. Oct. v. J. anher eingewandte Berufung, unter Verfällung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz, verworfen. Bayer.

Rechtsfall einer Prorogation an ein ausländisches Gericht.

Urtheil mit Entscheidungsgründen.

In Sachen des Handelsmanns Löw Bielefeld von Karlsruhe, Klägers, Appellaten, Coappellanten gegen die Gantmasse der Elkan Reutlinger'schen Wittwe alda, Beklagten, Apellantin, Coappellatin; Forderung von 113,430 fl. 59 kr. betreffend.

In Anbetracht des Collocationsurtheils des Stadtamtes Karlsruhe vom 25. Januar 1833 und der dagegen von beiden Theilen ergriffenen und gesondert ausgeführten Appellationen;

In Anbetracht der von der beklagten Gantmasse dahin ergriffenen und aufgestellten Appellation und Beschwerde, daß dem Kläger noch der Beweis über den Zuzug und die Beistimmung eines Geschlechtsbeistands der Wittwe Reutlinger zu dem, die Liquidation der Forderung begründenden, Verfahren und Urtheil des Prager Stadtmagistrats vom 23. Mai und 15. Juli 1826 zugelassen worden seie, indem dieses Urtheil überhaupt von einer ausländischen über Inländer nicht zustehenden Gerichtsbehörde, insbesondere noch da ergangen seie, wo der Gegenstand des Streits kein Rechtsgeschäft gewesen, welches im Sitz des ausländischen Gerichts in Prag geschlossen worden sei, demnach die Anmeldung und Liquidation der kläger'schen Forderung überhaupt dadurch nicht begründet werden könne;

In Erwägung, daß diese Appellation gesondert von jener des Klägers behandelt worden ist, und gegen die letztere, welche darauf gerichtet ist, daß zu der Rechtsgültigkeit des Verfahrens und Urtheils des Prager Stadtmagistrats ein Beistand der Elkan Reutlinger'schen Wittwe nicht mitzuwirken hatte, eine präjudicielle allgemeinere Entscheidung des

Rechtsstreits bezweckt, indem bei Annahme der rechtlichen Begründung der ersten Appellation über die Unzuständigkeit des Prager Stadtmagistrats überhaupt, eine Erwägung der Frage über die Nothwendigkeit des Zuzugs eines Beistandes zu dem Verfahren oder die Nichtnothwendigkeit überflüssig wird, sonach beide Appellationen nach §. 1208 der Prozeßordnung gesondert zu entscheiden sind;

In Erwägung, daß nach der Verordnung vom 5. Januar 1819 Regbl. 1819 Nr. VII. die ergangenen competenten Urtheile der österreichischen Gerichte gegen badische Staatsbürger vollziehbar sind, ohne daß dabei ein Unterschied gemacht wird, ob sie zwischen zwei badischen Staatsbürgern als Parteien des Rechtsstreites, über Rechtsgeschäfte im Inland oder Ausland abgeschlossen, ergangen sind, oder nicht, nach den vorliegenden Urtheilen aber die Elkan Reutlingers Wittwe die Competenz des Prager Stadtmagistrats nicht bestritten, sondern sich vor ihm eingelassen hat, aus dieser Einlassung vor dem Stadtmagistrat zu Prag aber die stillschweigende Prorogation an dieses Gericht geschehen ist, welche keiner besondern Vertragsurkunde bedarf;

In Erwägung, daß die Verordnung vom 5. Januar 1819, als auf dem schon durch den L. R. S. 11 geheiligten Grundsatz der Reciprocität beruhend, um so mehr von den Gerichten anzuerkennen ist, als der L. R. S. 2123 unter dem Ausdruck: „Staatsgesetze" nicht gerade Gesetze der höchsten Staatsgewalt, sondern überhaupt Staatsverordnungen unter sich begreifen, zu deren Erlassung aber das Justizministerium befugt war;

In Erwägung, daß bei der Entscheidung des Prager Stadtmagistrats im Jahr 1826 und bei der Beurtheilung der Frage, ob derselbe dazu competent gewesen, die badische Obergerichtsordnung und der gemeine deutsche Prozeß zu Grunde zu legen sind, und es nach diesen Gesetzen und Rechtssätzen nicht zu bestreiten ist, daß ein an und für sich unzuständiges Gericht durch freiwillige Prorogation und Unterwerfung beider Parteien unter dessen Gerichtsbarkeit zuständig werden konnte, ohne daß diese Prorogation über die Grenzen des Landes hinaus, also an ein ausländisches Gericht verboten gewesen wäre, diese Befugniß, an ein ausländisches Gericht zu prorogiren, vielmehr in dem unbeschränkten Dispositionsrecht der Parteien über den Prozeß als ihr Eigenthum liegt, und das häufig entgegengesetzte Verbot der Reichsgesetze hinsichtlich der evocatio subditorum keineswegs die von den Parteien selbst ausgehende Prorogation an ausländische Gerichte zum Gegenstand hatte, sondern nur verhindern wollte, daß ein Reichsstand nicht illegal in das Jurisdictionsgebiet eines andern eingreife, und dessen Unterthanen unmittelbar citire;

In Erwägung, daß dagegen aus dem Umstand der in die österreichischen Hypothekenbücher eingetragenen Forderung der Elkan Reutlingers Wittwe an die von Wimmer eine Competenz des Prager Stadtmagistrats nicht folgt, indem hier von einer persönlichen Forderung des Löw Bielefeld an die Elkan Reutlingers Wittwe die Rede ist, und es sich nicht um ihre Pfandforderungen an Andere handelt;

In Erwägung, daß also die Prorogation an den Prager Stadtmagistrat für den Löw Bielefeld und die Elkan Reutlingers Wittwe zulässig war, solche jedoch als eine einen Bezug auf das Vermögen selbst habende Willenserklärung nur von fähigen Personen auf eine gültige Weise nach L. pen. c. de pactis L. 1 c. de jurisdict. omn. judic. L. 2 pr. d. de judiciis geschehen konnte, was Gegenstand der Appellation des Klägers ist;

In Erwägung, daß demnach die allgemein gegen die Gültigkeit und Vollziehbarkeit des Urtheils des Prager Stadtmagistrats gerichtete Appellation und Beschwerde der beklagten Gantmasse unbegründet ist, demnach Beklagter die dadurch veranlaßten besondern Kosten auf sich allein zu leiden hat, und über die gemeinsamen Kosten der beiderseitigen Appellationen noch bis zur Entscheidung über die Appellation des Klägers das Urtheil auszusetzen ist; so wird zu Recht erkannt:

„daß das unterrichterliche Collocationsurtheil vom 25. Jan. v. J. bezüglich der dagegen von der Beklagten ergriffenen Appellation lediglich zu bestätigen, und die dagegen ergriffene Appellation zu verwerfen seie. Die Kosten dieser besondern Appellation trägt die Beklagte, Appellantin, das Erkenntniß über die gemeinsamen Kosten der beiderseitigen Appellationen bleibt bis zur Entscheidung über die Appellation des Klägers ausgesetzt."

Sander.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 8. März 1834.

I.

Rechtsfall über die Ungültigkeit einer Verhandlung vor einem ausländischen Gerichte von Seiten einer Wittwe eines badischen Staatsbürgers ohne Zuzug eines Beistands.

U r t h e i l.

In Sachen des Handelsmanns Löw Bielefeld zu Karlsruhe, Liquidanten, Appellanten gegen die Gantmasse der Elkan Reutlinger's Wittwe alda, Liquidatin, Appellatin; Forderung von 113,430 fl. 59 kr. betreffend.

In Anbetracht des Ganturtheils des Stadtamts Karlsruhe vom 25. Januar v. J. und der dagegen von beiden Theilen ergriffenen Appellationen, welche gesondert zu entscheiden sind;

In Anbetracht der Beschwerde des Appellanten: daß ihm der Beweis auferlegt worden seie, daß das über die angemeldete Forderung vor dem Prager Stadtmagistrat ergangene Verfahren und Urtheil vom 23. Mai und 15. Juli 1826 unter Beizug und Zustimmung des Beistandes der Elkan Reutlinger's Wittwe geschehen seie, oder aber, daß er überhaupt die angemeldete Forderung näher zu begründen und zu erweisen habe, und

in Erwägung, daß zwar nach der Verordnung vom 5. Januar 1819, Regierungsblatt 1819 Nr. VII. die ergangenen competenten Urtheile der österreichischen Gerichte gegen badische Staatsbürger vollziehbar sind, die Anmeldung der Forderung auf solche Urtheile des Prager Stadtmagistrats gegründet, und das Ergehen derselben nicht bestritten wird, dagegen aber der Umstand geltend gemacht ist, daß dabei die Elkan Reutlinger's Wittwe ohne Beistand gehandelt habe, was deren Ungültigkeit herbeiführe.

In Erwägung, daß zur Führung eines Rechtsstreits vor Gerichten über Vermögen und Eigenthum die Wittwe eines badischen Staatsangehörigen allerdings nach L. R. S. 515 a., nach §. 22 und 23 der nach §. XVIII. des ersten Einführungsedicts noch gültigen Beistandsordnung, und arg. des L. R. S. 224 a. einen Beistand haben und zuziehen muß, widrigenfalls bei ihrer alsdann eintretenden innern Rechtsunfähigkeit alle Verhandlungen mit allen Folgen nichtig und ungültig sind, diese die Rechtsfähigkeit einer Wittwe eines badischen Staatsangehörigen betreffenden Gesetze sich aber auf eine solche Inländerin auch dennoch nach L. R. S. 3 erstrecken, wenn sie sich im Ausland aufhält, und dort einen Rechtsstreit führt, der Zuzug eines Beistandes zum gültigen Verfahren und Urtheil des Prager Stadtmagistrats, als die Rechtsfähigkeit der Elkan Reutlinger's Wittwe bedingend, demnach erforderlich war, indem ja schon zur Prorogation der Elkan Reutlinger's Wittwe eine gültige Willensäußerung nöthig war, welche bei Mangel eines Beistandes nicht vorhanden ist, solches Verfahren und Urtheil aber die Anmeldung der Forderung, demnach die Klage begründet, und deßhalb der Kläger alle Erfordernisse seines rechtsgültigen Klaggrundes beweisen muß, ihm daher bei dem vom beklagten Theile widersprochenen Beizug eines Beistandes mit Recht dessen Beweis auferlegt wurde, und er darin keine gegründete Beschwerde finden kann.

In Erwägung, daß die beklagte Gantmasse als allgemeine Rechtsfolgerin der Elkan Reutlinger's Wittwe nach L. R. S. 515 i., 6 o., 1166 den Mangel des Beistandes auf den Namen der Elkan Reutlinger's Wittwe geltend machen kann, dieses Recht auch nicht durch die einjährige Verjährung des L. R. S. 1167 a. erloschen ist, indem die Verhandlungen und das Urtheil des Prager Stadtmagistrats nicht aus dem L. R. S. 1167 aus der actio pauliana wegen Beeinträchtigung der Rechte der Gantmasse durch die Gefährde der Elkan Reutlinger's Wittwe auf eigenen Namen der Gantmasse, sondern aus dem Recht und Namen der Elkan Reutlinger's Wittwe nach L. R. S. 1166 angefochten werden, wofür die einjährige Verjährung des S. 1167 a. nicht, sondern die allgemeine Verjährung der Ungültigkeit und Umstoßungsgründe des L. R. S. 1304 gilt, welche mit zehn Jahren von 1826 an noch nicht umflossen ist, diese Ungültigkeit auch nicht mit dem nur auf Verletzung prozessualischer Vorschriften gebauten Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage angefochten wird, sondern aus der innern Rechtsunfähigkeit der Elkan Reutlinger's Wittwe mit der für sich bestehenden Umstoßungsklage des Rechtsgeschäfts im Wege einer Beabredung des liquidantischen Klagerechts verfolgt wird,

es sonach auf eine Versäumung der Nichtigkeitsklage als prozessualisches Rechtsmittel nicht ankommt;

In Erwägung, daß eine gänzliche Erfüllung der aus dem Verfahren und Urtheil des Prager Stadtmagistrats überkommenen Rechtsverbindlichkeiten und somit eine Anwendbarkeit des L. R. S. 515 k. etwa durch die Abtretung der v. Wimmer'schen Schuld an den Kläger an Zahlungsstatt um so weniger eintritt, als ja Kläger durch seine angemeldete Forderung gerade den gänzlichen Vollzug der vom Prager Stadtmagistrat ergangenen Urtheile erreichen will, und selbst sagt, daß er von den von Wimmer'schen Erben noch nicht bezahlt seie, überdieß auch nach dem allgemeinen L. R. S. 1338 eine freiwillige Erfüllung und Vollziehung eines ungültigen Rechtsgeschäfts nur dann einen Verzicht auf die Ungültigkeit desselben bewirkt, wenn die Erfüllung selbst eine in Form und Zeit gesetzmäßige war, der Kläger und Appellant aber solche Gesetzmäßigkeit und Formrichtigkeit abermals nicht dargethan hat, indem bei der Abtretung der von Wimmer'schen Schuld an ihn, der Elkan Neutlinger's Wittwe ebenfalls der Zuzug eines Beistandes mangelte, diese Erfüllung sonach ebenfalls eine in Form ungültige ist, und es doch allen Rechtsgrundsätzen widerstreiten würde, wenn man annehmen wollte, daß eine Ungültigkeit durch eine nachgefolgte Nichtigkeit geheilt und zugedeckt werden könnte, was auch durch den §. XVIII. des ersten Einführungsedicts ausdrücklich nachgewiesen ist, die älteren aufrechterhaltenen Landesgesetze, welche wie z. B. die Beistandsordnung nur im Wesentlichen in das Landrecht übertragen wurden, aus diesen ältern Landesgesetzen zu erläutern, und nun der §. 28 der Beistandsordnung die Aufrechthaltung eines durch den Mangel eines Beistandes nichtigen Rechtsgeschäfts nur durch nachgefolgten Beizug eines Beistandes eintreten läßt, der hier mangelt, die Beistandsordnung demnach mit dem allgemeinen L. R. S 1338 im Einklang steht;

In Erwägung, daß bei dem rechtlich erwiesenen Umstand der Ungültigkeit des Verfahrens und Urtheils des Prager Stadtmagistrats wegen unterlassenen Zuzugs eines Beistands der Elkan Neutlinger's Wittwe solches Verfahren und Urtheil die Anmeldung der Forderung nicht begründen konnte, der geforderte Beweis dieses Zuzugs, oder die Auflage einer anderweiten Begründung der Forderung also den Appellanten rechtlich nicht beschwert, er also als sachfällig die besondern Kosten seiner eigenthümlichen Appellation allein und die gemeinsamen Kosten der beiderseitig ergriffenen und verwerflich gefundenen Appellationen zur Hälfte tragen muß, so wird zu Recht erkannt:

daß die vom Liquidanten, Appellanten, Coappellaten gegen das unterrichterliche Collocationsurtheil vom 25. Januar v. J. ergriffene Appellation zu verwerfen, und dieses Urtheil, in so weit dagegen vom Liquidanten appellirt worden, zu bestätigen seie. Die besondern Kosten dieser Appellation trägt Liquidant, Appellant, Coappellat allein, und an den gemeinsamen Kosten der beiderseitigen verworfenen Appellationen trägt er die Hälfte, und der Liquidat, Appellat, Coappellant die andere Hälfte.

Bemerkung.

Den einzigen Anstand in vorstehendem Urtheil wird man wohl in dem Entscheidungsgrund finden, daß der nachgefolgte Vollzug eines von einer Frau ohne Beistand abgeschlossenen Geschäfts dasselbe nicht gültig macht, wenn es abermals ohne Beistand vollzogen wurde. Es läßt sich nicht läugnen, daß dieser Meinung der L. R. S. 515 k. und die von Brauer dazu gegebene Erläuterung entgegen tritt, allein eben so richtig ist es, daß Brauers Ansicht, ein solcher Vollzug seie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einer gültigen, also mit einem Beistand vorgenommenen Anerkennung gleichbedeutend, entschieden falsch ist, wie der L. R. S. 1338 und das gemeine Recht es hundertfach beweist. Was Brauer von einer Anordnung zum allgemeinen Vortheil und zum Privatvortheil des Weibs spricht, folgert für ihn nichts, denn der Unterschied zwischen diesen beiden — absoluten und relativen — Nichtigkeiten beruht nur darin, daß erstere gar nicht, die letztere aber durch einen rechtsgemäßen Vollzug oder eine gültige Anerkennung gehoben werden kann. Bei der hiernach nicht zu bezweifelnden Antinomie zwischen dem L. R. S. 1338 und 515 k. ist schon nach allgemeinen Sätzen und nach dem ersten Einführungsedict §. XVIII. und §. 28 der Beistandsordnung die hier angenommene Meinung vorzuziehen. Ueberdieß darf hier nicht übersehen werden, daß die Bestimmung des L. R. S. 515 k. sich nur auf die gänzliche Erfüllung eines und ebendesselben Rechtsgeschäfts bezieht. Hier nun war das erste Rechtsgeschäft die ungültige Prorogation an den österreichischen Gerichtshof, welche deßhalb noch nicht gänzlich vollendet ist, weil die Vollstreckung des Urtheils gerade jetzt erst angesucht und durch Anmeldung der darauf gegründeten Forderung wirksam gemacht wird. Hat dagegen die ohne Beistand handelnde Wittwe späterhin ohne Beistand eine Forderung an den Bielefeld abgetreten, so ist dieses ein für sich bestehendes Rechtsgeschäft der Cession, welches, abermals ohne Beistand geschehen, nichtig ist. Allein man wird immerhin sagen, daß die Vorschrift des L. R. S. 515 k. eine besondere für das besondere Institut der Beistandschaft ist, und also der des allgemeinen L. R. S. 1338 vorzuziehen seie, womit man denn in das inextricabile labyrinthum der gänzlichen Erfüllung eines Rechtsgeschäfts fällt, und am Ende denn doch immer für die ohne Beistand handelnde Frau entscheiden wird *).

Sander.

*) Wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit im einzelnen Falle in einem Rechtsgeschäfte besteht, zu welchem selbst wieder die Mitwir-

II.

Haftbarkeit in Preßsachen.

Der §. 25 des Preßgesetzes bestimmt, in welcher Reihenfolge die verschiedenen Theilnehmer an einem Preßvergehen verantwortlich sind. Dieselben dürfen also nicht wie bei andern Verbrechen alle, jeder nach dem Maße seiner Theilnahme bestraft werden, sondern es kommt die Haftbarkeit an einen in 2ter, 3ter, 4ter oder 5ter Reihe Theilnehmenden nur alsdann, wenn seine Vormänner nicht zu haben sind. Es finden also die gemeinrechtlichen Grundsätze über das Consortium in Strafsachen hier keine Anwendung.

Was Zeitungen und Zeitschriften betrifft, so steht nach dem §. 27 der Redacteur mit dem Verfasser auf der ersten Linie, zwischen ihnen findet also ein Consortium Statt.

Die Frage aber, wer als Herausgeber (Redacteur) zu behandeln und als solcher verantwortlich sei? — richtet sich wieder nicht nach gemeinrechtlichen Grundsätzen; es kommt nicht darauf an, wer im einzelnen Falle das Zeitungsblatt wirklich redigirt habe, sondern nur darauf, wer als Redacteur des Blattes nach den §§. 6 u. ff. des Preßgesetzes der Polizeibehörde sich genannt und alle Verantwortlichkeit zum Voraus auf sich genommen habe.

Diesen Grundsatz hat auch das Oberhofgericht in Untersuchungssachen gegen den Ad. R. angenommen und den Letztern, obschon er die Redaction besorgte und ein Anderer auf dem Blatte als Redacteur nur figurirte, von der Haftung freigesprochen.

Anders verhält es sich mit der Verantwortlichkeit des Verfassers. Nicht nur Derjenige, der sich als Verfasser nannte und einen Artikel strafbaren Inhalts unterschrieb, sondern auch Derjenige, der ihm den Artikel zum Behufe des Einrückens verfaßte, ohne sich deßhalb zu nennen, ist als Verfasser oder als Theilnehmer an der Fassung des Artikels haftbar.

Das Gesetz enthält nämlich hinsichtlich der Verfasser nicht eben so, wie in den §§. 6 und 7 hinsichtlich der Redacteure besondere Vorschriften, wornach eine bestimmte Person zum Voraus sich als Verfasser (wie als Redacteur) aller im Blatte erscheinenden Artikel darstellt, und die Verantwortlichkeit für dieselben zum Voraus formell übernimmt, daher ist in dieser Beziehung zwischen den Verfassern und den Redacteuren ein wesentlicher Unterschied.

Man hat einen zum Voraus schon formell als Garanten bezeichneten Redacteur, es ist daher nicht zuläßig, statt dessen einen andern eigentlichen Redacteur auszuforschen.

Man hat aber nicht eben so einen zum Voraus bezeichneten oder durch das Gesetz fingirten Verfasser, daher muß in jedem einzelnen Falle der wahre Verfasser ausgeforscht und bestraft werden.

Dieß hat das Oberhofgericht in einem am 25. Januar 1834 entschiedenen Falle auch angenommen, und den Ad. M., welcher dem L. St. einen in die Zeitung eingerückten Schmähartikel zu diesem Zwecke verfaßte, wegen Theilnahme an dem Vergehen in eine Strafe von 15 fl. verfällt.

---

kung eines Beistands gesetzlich erforderlich ist, so dürfte diese Erfüllung, wo sie ohne Beistand geschah, der Anfechtung der erfüllten Verbindlichkeit meiner Ansicht nach allerdings nicht im Wege stehen. Die Frauensperson dürfte ja nur das Rechtsgeschäft, wodurch jene Verbindlichkeit erfüllt wurde, selbst wieder anfechten, und wenn dasselbe als nichtig aufgehoben würde, wäre keine Erfüllung im gesetzlichen Sinne mehr vorhanden und der Satz 515 k. stünde nicht mehr im Wege.

Man kann mir nicht entgegen halten, daß nach diesem Grundsatze der S. 515 k. gar nie Anwendung finde, indem da, wo die Erfüllung mit Zustimmung eines Beistands geschah, ohnehin schon eine gültige Genehmigung vorläge, ohne daß es der besondern Vorschrift des S. 515 k. noch bedürfte. Man übersehe nämlich nicht, daß zum Act der Erfüllung an und für sich häufig kein Beistand nöthig ist. Es ist dieß z. B. bei der Zahlung (in Geld), als dem gewöhnlichsten Wege, auf welchem eine Verbindlichkeit erfüllt wird, der Fall, denn, um gültig zu zahlen, hat die Frauensperson keinen Beistand nöthig. Sie kann nach S. 515 a. nur keine auf das Vermögen einwirkenden „Rechtsgeschäfte verbindlich eingehen.“ — Wenn sie aber dadurch, daß sie eine Summe Geldes hingiebt, sich einer Verbindlichkeit entledigt, so kann man nicht sagen, daß sie sich in irgend einer Weise verbindlich mache, oder überhaupt ein Rechtsgeschäft eingehe. Darum ist auch in den §§. 17 und 19 der Beistandschaftsordnung, wo die einer Beistandschaft bedürfenden Handlungen aufgeführt sind, von Zahlungen keine Rede.

Anders verhält es sich aber mit einer Cession oder Anweisung an Zahlungsstatt. In einer solchen liegt nicht nur wie in einer bloßen Geldzahlung die einfache Tilgung einer Verbindlichkeit, sondern zugleich wieder ein selbstständiger Vertrag und beziehungsweise die Befreiung des Angewiesenen. Um sich selbst von einer Verbindlichkeit zu befreien, bedarf die Frauensperson keines Beistands, wohl aber um Andere von Verbindlichkeiten gegen sie zu entledigen, oder um zu quittiren. Eine solche Quittirung liegt nun von ihrer Seite gegenüber ihrem Schuldner (dem debit. cess.) darin, daß sie diesen ermächtigt, an den Cessionar zu zahlen, und daß sie ihn für diesen Fall seiner Verbindlichkeit entledigt.

Ueberdieß kann man nicht sagen, daß diejenige Frauensperson, welche zur Tilgung einer übernommenen Verbindlichkeit eine Forderung an Zahlungsstatt abgetreten hat, ihre Verbindlichkeit nach S. 515 k. wirklich vollständig erfüllt habe, da sie nach Umständen gemäß S. 1691, 1695, 2010 g., 2010 h. rc. auch hintennach noch verbindlich bleibt.

Wenn daher die Erfüllung einer Verbindlichkeit, wie im vorliegenden Falle, nur durch eine Abtretung oder Anweisung an Zahlungsstatt, und diese Abtretung ohne Mitwirkung eines Beistands geschah, so kann der S. 515 k. in einer doppelten Beziehung der Frauensperson nicht entgegen gehalten werden. D. R.

Es ist in Beziehung auf diese Theilnahme in den Entscheidungsgründen gesagt: in Erwägung daß ꝛc.

„8) L. St. den (von ihm unterschriebenen und eingerückten) incriminirten Artikel weder selbst verfaßt, noch ihn zu verfassen die Fähigkeit gehabt hat, mithin derselbe nicht zum Daseyn gekommen wäre, wenn nicht ein Dritter sich zu Entwerfung desselben hingegeben hätte;"

in weiterer Erwägung,

„10) daß Ad. M. weder geständig ist, noch als überwiesen angenommen werden kann, daß er die beleidigenden Ausdrücke in dem incriminirten Artikel im eigenen Interesse gewählt habe, sondern sie bloß als ihm von L. St. bezeichnet niedergeschrieben haben will;"

„11) daß er jedoch dadurch, daß er die Gedanken und Ideen des L. St. ordnete und in einen, in öffentlichen Blättern Aufnahme findenden, Styl zu Papier brachte, den St. in Vollbringung der das Wesen des Verbrechens ausmachenden Handlung unterstützt hat, sohin als Gehülfe und Theilnehmer an St.'s Verbrechen zu betrachten ist;" *)

„12) daß für diese, dem St. in Vollbringung seines Vorhabens und Unternehmens geleistete Unterstützung Ad. M. darum strafbar ist, weil die Unterstützung eines Andern in einer unerlaubten strafbaren Handlung selbst eine unerlaubte strafbare Handlung ist, und weil ohne jene Unterstützung St.'s strafbares Vorhaben und Unternehmen nicht zur Vollbringung gekommen wäre;"

„13) daß jedoch Ad. M. minder strafbar erscheint, als L. St.;" —

werde das hofgerichtliche Erkenntniß, wodurch Ad. M. von der Anklage entbunden wurde, in diesem Punkte dahin abgeändert, daß

„Ad. M. der Theilnahme an L. St.'s Vergehen schuldig zu erklären, und deßhalb zu einer Geldstrafe von 15 fl. und in 1/4 der Kosten zu verurtheilen sei."

D. R.

*) Es gehört wohl noch dazu, daß Ad. M. dem L. St. den Aufsatz auch zum Zwecke des Einrückens in eine Druckschrift verfaßt habe. D. R.

III.

Merkwürdige Arrestverfügung, um die Erlassung ähnlicher zu verhüten bekannt gemacht.

Ch. Z. hatte gegen den Th. E. bei dem competenten Landamte A. einen bedingten Zahlungsbefehl erwirkt, welcher seinem Schuldner am 14. Novbr. 1832 behändigt wurde. Da letzterer bei der Gemeinde K. im Oberamte B. ein Guthaben hatte, so reichte der Gläubiger bei diesem Gerichte die Ausfertigung jener Zahlungsverfügung mit der Bitte ein, auf fragliches Guthaben Arrest zu legen.

Das Oberamt B. beurkundete diesen Antrag und beschloß darüber wörtlich, wie folgt:

„v. c. 23. Octbr. 1833. Ch. Z. bittet um Arrest auf das Guthaben des Beklagten bei der Gemeindskasse K."
Nr. 21,389. „Beschluß:

„1) Weisung an den Gemeinderechner in K., von dem Guthaben des Beklagten bei Vermeidung doppelter Zahlung nichts an den Beklagten, sondern für dessen Rechnung an den Kläger zu zahlen, so weit dasselbe dessen Forderung nicht übersteigt."

„2) Notif. beiden Theilen."

Bl."

Obwohl die Fehlerhaftigkeit dieses richterlichen Actes für den nur einigermaßen Rechtsverständigen auf platter Hand liegt, so dürfte doch der Eingangs erwähnte Zweck des Gegenwärtigen die Bezeichnung der Hauptmängel desselben erheischen. Betrachtet man die erlassene Verfügung als eine Beschlagslegung zur Sicherung von Ansprüchen (675 der Prozeßordnung), so vermißt man ein nach Vorschrift des §. 686 eingerichtetes Arrestgesuch, indem weder die allgemeinen Erfordernisse eines Klagevortrages (§. 247) vorhanden sind, noch ein gesetzlicher Arrestgrund angeführt, viel weniger das Daseyn eines solchen bescheinigt, noch eine Bescheinigung der zu sichernden Ansprüche selbst beigebracht wurde. Die angerufene Gerichtsstelle hätte bei diesen Verhältnissen das Arrestgesuch von der Hand weisen sollen, besonders weil deren Competenz, da Beklagter zur Zeit der Erlassung der Verfügung im nahe gelegenen Oberamtsbezirke E. wohnte, nicht begründet war. Anstatt jenes aber zu thun, erließ die gedachte Behörde die nachgesuchte Arrestverfügung, aber nicht wie es der §. 689, vergl. mit 685 Nr. 3 deutlich vorschreibt, sondern indem sie dem Arrestbeklagten zur Vertheidigung keine Gelegenheit gab, und den Schuldner desselben sogleich zur Zahlung anwies, auf eine Weise, welche die obersten Grundsätze, daß Niemand ungehört zu verurtheilen und nie mit der Execution zu beginnen seie, verletzte. Will man aber den verfügten Beschlag als das im §. 983 Nr. 3 aufgeführte Vollstreckungsmittel erklären, so ist das Gesetzwidrige der ergangenen Verfügung darin zu suchen, daß gegen den Schuldner weder ein Urtheil, viel weniger ein rechtskräftiger, noch ein richterlicher Beschluß, der demselben gleichkommt, vorlag (der bedingte Zahlungsbefehl, der ohnedieß nach §. 723 alle Kraft verloren, wird schwerlich hierher gezählt werden), noch war, wie schon gezeigt, das verfügende Gericht das in der Sache competente.

Ueberdieß hätte die Arrestverfügung auch in dieser Beziehung sich jeder Zuweisung der mit Beschlag belegten Forderung enthalten, vielmehr nach der Bestimmung des §. 1016 eingerichtet seyn sollen.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 11. Karlsruhe den 15. März 1834.

IV.

Preßsachen.

1.

Der Verfasser eines in der Beilage zur Mannheimer Zeitung vom 6. März 1833 Nr. 65 enthaltenen Artikels war der Verläumdung, eventuell der Ehrenkränkung seines vorgesetzten Beamten von dem Staatsanwalte angeklagt worden. Gegen das Urtheil des unterrheinischen Hofgerichts, welches den Angeklagten bloß der Ehrenkränkung für schuldig erkannte, ergriff der Staatsanwalt die Appellation. Der oberste Gerichtshof bestätigte aber das Urtheil der ersten Instanz mitunter darum:

„weil das Verbrechen der Verläumdung nach §. 1 des Gesetzes über Ehrenkränkungen vom 28. Decbr. 1831, so wie nach der Rechtsbelehrung vom 28. Febr. 1817 hier nicht, sondern bloß das der Ehrenkränkung vorliegt.“

Anmerkung. Indem die zweite Instanz in pleno den §. 1 des Ehrenkränkungsgesetzes zur Anwendung bringt, läßt sie den §. 16 desselben, wodurch neben einigen älteren Gesetzen, namentlich auch die Verordnung vom 28. Februar 1817, Regierungsblatt Nr. XI. aufgehoben ist, außer Acht, und wendet diese Verordnung ebenfalls noch an! Man darf sich also nicht wundern, wenn in der neuen Folge der oberhofgerichtlichen Jahrbücher, fünftes Heft, S. 420 abermals entschieden ist, daß der §. 49 lit. c. der Eheordnung noch jetzt neben den Landrechtsätzen 300 und 301 fortbestehe.

Uebrigens scheint, nach obigem Entscheidungsgrund, der höchste Gerichtshof anzunehmen, daß eine Ehrenkränkung in die Kathegorie der Verbrechen gehöre!

Bayer.

2.

Der vorhin erwähnte Zeitungsartikel war von L. Stein unterzeichnet, welcher in der Voruntersuchung einen Obergerichtsadvocaten von Mannheim als den Verfasser benannt hatte.

Der Staatsanwalt klagte daher beide als Coauctoren der in dem gedachten Aufsatze enthaltenen Ehrenkränkungen an.

In dem Verhör vor dem Hofgerichte erklärte Stein: „Ich habe dem Advocaten N. die ganze Behandlungsweise vorgetragen, die ich vom Amtmann und Vogt erfahren, und habe sodann den Advocaten N. beauftragt, über diese Behandlungsweise einen Aufsatz zu fertigen, damit ich solchen als eine Erwiederung in die Zeitung einrücken lassen könne. Advocat N. fertigte den Aufsatz und las mir solchen mit der Frage vor: ob er so recht sei? worauf ich demselben erwiederte: Ja, er ist so recht; allein Sie müssen es besser wissen, ob darin nicht zu viel gesagt ist. Auch habe ich den Aufsatz noch selbst gelesen, jedoch nichts daran geändert, auch durchaus den Advocaten N. nicht beauftragt, gerade die in dem Aufsatz enthaltenen Ausdrücke in denselben aufzunehmen, sondern ich habe ihn nur im Allgemeinen beauftragt, einen Aufsatz über die mir vom Amtmann widerfahrene Behandlung zu fertigen, wofür ich den Advocaten N. bezahlt habe.“

Advocat N. ließ sich hierauf dahin vernehmen: „Ich habe in dem angeklagten Aufsatze keineswegs meine eigene Ansicht ausgesprochen, sondern habe lediglich als Organ des L. Stein dabei gehandelt, indem ich in den Aufsatz weiter nichts aufgenommen habe, als wozu mich Stein beauftragt hat. Uebrigens habe ich gewußt, daß dieser Aufsatz als eine Erwiederung abgedruckt werden sollte und es hat mir Stein für das Schreiben des Aufsatzes 30 kr. bezahlt.“

Bei dem zwischen den Aussagen beider Angeklagten vorliegenden Widerspruche wurde auf Antrag des Staatsanwalts zur Confrontation geschritten, die jedoch erfolglos blieb.

Durch das hierauf ergangene hofgerichtliche Urtheil ward Advocat N.

„in Erwägung, daß die Anklage, in so weit sie gegen Advocat N. gerichtet ist, nicht als begründet erscheint, da er nur dann als Verfasser tenent wäre, wenn eines Theils gegen ihn erwiesen vorläge, daß die in dem Aufsatze gebrauchten injuriösen Ausdrücke von ihm selbst gewählt worden sind, andern Theils dargethan wäre, daß der Aufsatz mit seinem Willen zum Druck befördert worden ist;“

„in Erwägung, daß Advocat N. ersteres durchaus in Abrede stellt, vielmehr behauptet, daß ihm gerade jene

Ausdrücke, worin das Strafbare des Aufsatzes liegt, von Stein bezeichnet worden seien und er solche, ohne selbst etwas Ehrenkränkendes beizufügen, lediglich als die Idee eines Anderen niedergeschrieben habe, auch ein weiterer Beweis nicht gegen ihn vorhanden ist;"

„in Erwägung, daß in letzterer Beziehung zwar aus dem vom Advocaten N. abgelegten Geständnisse hervorgeht, daß er gewußt hat, daß Stein den Aufsatz zum Druck befördern wolle, nicht aber, daß dieß mit seinem Willen geschehen, d. h. dessen Veröffentlichung in seiner Absicht und in seinem eigenthümlichen Interesse gelegen ist;"

von der gegen ihn erhobenen Anklage entbunden.

Allein auf die von dem Staatsanwalte ergriffene Berufung reformirte der oberste Gerichtshof das erstinstanzliche Urtheil

„in Erwägung, daß Advocat N. weder geständig ist, noch als erwiesen angenommen werden kann, daß er die beleidigenden Ausdrücke in dem incriminirten Artikel in eigenem Interesse gewählt habe; sondern sie bloß als ihm von L. Stein bezeichnet niedergeschrieben haben will;"

„in Erwägung, daß er jedoch dadurch, daß er die Gedanken und Ideen des L. Stein ordnete und in einen, in öffentlichen Blättern Aufnahme findenden Styl zu Papier brachte, den Stein in Vollbringung der das Wesen des Verbrechens ausmachenden Handlung unterstützt hat, sohin als Gehülfe und Theilnehmer an Steins Vergehen zu betrachten ist;"

„in Erwägung, daß für diese, dem Stein in Vollbringung seines Vorhabens und Unternehmens geleistete Unterstützung Advocat N. darum strafbar ist, weil die Unterstützung eines Anderen in einer unerlaubten strafbaren Handlung selbst eine unerlaubte strafbare Handlung ist und weil ohne jene Unterstützung Steins strafbares Vorhaben und Unternehmen nicht zur Vollbringung gekommen wäre ꝛc. ꝛc."

dahin: daß Advocat N. der Theilnahme an L. Steins Vergehen schuldig zu erkennen und deßhalb zu einer Geldstrafe von 15 fl. zu verurtheilen sei u. s. w.

Anmerkung. Von den Personen, welche zum Erscheinen einer sträflichen Druckschrift mitgewirkt haben, sind nach §. 25 des Preßgesetzes nur verantwortlich der Verfasser, der Herausgeber, der Verleger, der Drucker und zuletzt der Verbreiter. Das Preßgesetz kennt keinen verantwortlichen Gehülfen des Verfassers *). Dadurch, daß L. Stein den auf sein Begehren von einem Anderen niedergeschriebenen Aufsatz unterzeichnet und ihn mit dieser Unterschrift dem Druck übergeben hat, ist er allein als Verfasser aufgetreten. Da er als solcher bestraft wird, so ist dem Gesetze genügt. Der Richter darf kein Uebriges thun. So lange der geschriebene Aufsatz nicht im Druck erschienen, nicht veröffentlichet war, konnte er wegen eines darin enthaltenen Preßvergehens unmöglich angeklagt werden. Nun aber hat Advocat N. zum Erscheinen des Aufsatzes im Drucke nicht mitgewirkt *) und mithin, wie wenig ihm auch das Niederschreiben eines solchen Aufsatzes zur Ehre gereichen mag, der Theilnahme an einem Preßvergehen sich nicht schuldig gemacht. Um nun den Advocaten N. wegen Theilnahme an einem gemeinen Vergehen zu bestrafen, war der Preßrichter nicht competent. Ohne Zweifel würde aber das Hofgericht, wäre sein Urtheil in dieser Beziehung ebenfalls bestätigt worden, sich als Dienstpolizeibehörde noch veranlaßt gesehen haben, dem Advocaten N. wegen Mißbrauchs seines Anwaltschaftsrechtes einen ernstlichen Verweis zu ertheilen. Bayer.

3.

Gegen das hofgerichtliche Urtheil hatte Stein, so weit es ihn betrifft, ebenfalls appellirt, und es zur besondern Beschwerde gemacht, daß die erste Instanz, ungeachtet der fragliche Aufsatz nicht allein mit Erlaubniß, sondern sogar auf Befehl der Censurbehörde in die Mannheimer Zeitung eingerückt worden, dennoch eine Untersuchung und Verantwortlichkeit des Einsenders zulässig und statthaft gefunden habe; denn der §. 13 des Preßgesetzes sage allgemein und bestimmt: „durch die erhaltene Druckerlaubniß werden Verfasser, Redacteur, Verleger und Drucker hinsichtlich des Inhalts der Schrift, auf den sich die Erlaubniß bezieht, von der Verantwortlichkeit frei."

---

*) M. s. dagegen den Aufsatz in Nr. 10 der Annalen Nr. II. Daraus, daß der Verleger erst nach dem Verfasser und Herausgeber, der Drucker erst nach dem Verleger, und der Verbreiter nach dem Drucker verantwortlich ist, folgt nicht, daß in einer und derselben Masse nicht mehrere Theilnehmer gleichzeitig strafbar seyn können. Hinsichtlich einer solchen Theilnahme müssen, da das Gesetz daeüber nichts Singuläres bestimmt, die Geundsätze des gemeinen Strafrechts gelten, und so wie es bei einem Artikel mehrere Verfasser, also mehrere Miturheber geben kann, eben so kann es bei dem Verfasser eines Artikels auch einen Urheber und einen Gehülfen geben. Das Gesetz sagt niegends, daß nur Derjenige, der den Artikel unterschrieben und eingerückt hat, als der Verfassee gelte. Von einem formellen „Auftreten als Verfasser" weiß das Gesetz nichts, und eben so wenig von einer Uebernahme der Verantwortlichkeit in dieser Eigenschaft, — eine solche formelle Uebernahme der Verantwortlichkeit findet nue bei dem Herausgeber, der sich als solchen zum Voraus bei der Polizeibehörde zu nennen hat, Statt. D. R.

*) Hat der Advocat N. nicht gewußt, daß der Artikel zum Einrücken in eine Druckschrift bestimmt sei, so hat er sich allerdings keinee Theilnahme an einem Preßvergehen schuldig gemacht. Hat er dem St. aber den Aufsatz zu diesem Zwecke verfaßt, so hat er zu dem Pecßveegehen wohl auch mitgewirkt. D. R.

Der Anwalt des Appellanten wollte sich wundern, daß der öffentliche Ankläger, indem er zugebe, daß der §. 13 des Preßgesetzes noch fortgelte, in der Unterstellung, daß der incriminirte Artikel wirklich strafbar sei, nicht auch den Redacteur und den Censor belangt hat!

Dagegen bemerkte der Staatsanwalt in seiner schriftlichen Vernehmlassung: die von dem Censor ertheilte Druckerlaubniß könne den L. Stein von einer Verantwortlichkeit für den Inhalt des unter seiner Unterschrift und auf sein Verlangen zum Druck beförderten Aufsatzes nicht befreien. Nach der ursprünglichen Fassung des §. 12 des Preßgesetzes habe die Censur nur für Zeitungen und Zeitschriften, in so weit sie die Verfassung oder Verwaltung des deutschen Bundes oder einzelner deutscher Bundesverfassungen zum Gegenstand haben, bestanden, und auf diese Bestimmung beziehe sich der §. 13 des Preßgesetzes.

Durch das Edict vom 28. Juli 1832 sei die Censur für alle Schriften, die unter der Form täglicher Blätter oder heftweise erscheinen, wieder eingeführt und durch Art. 7 alle Vorschriften des Preßgesetzes vom 28. Decbr. 1831, welche mit den Bestimmungen des Edicts unvereinbar seien, aufgehoben. Unter den als aufgehoben besonders bezeichneten Paragraphen befinde sich der §. 13 nicht; allein dessen ungeachtet habe er alle Anwendbarkeit verloren, weil die Generalisirung seines Inhalts mit dem Inhalte des in unbestrittener Rechtskraft fortbestehenden §. 18 des Preßgesetzes ganz unverträglich sei. Dieser §. 18 sei mit den Bestimmungen des Edicts vom 28. Juli 1832 nicht unvereinbar, weil nicht schon an und für sich das Institut der Censur es mit sich bringe, daß die Genehmigung des Censors von aller Verantwortlichkeit für den Inhalt befreie, denn verstünde sich dieses von selbst, so wäre es ganz unnöthig gewesen, den §. 13 in das Preßgesetz aufzunehmen. Eben so wenig sei der §. 18 unter den für aufgehoben erklärten Paragraphen des Preßgesetzes aufgeführt, er müsse mithin, ungeachtet der wieder eingeführten Censur, in Anwendung gebracht werden und die nunmehr ganz zwecklose Nebenbestimmung des ohnedem mit dem Edict unvereinbaren §. 13 müsse als stillschweigend aufgehoben angesehen werden rc.

Der oberste Gerichtshof erwog nun:

„daß die von der Censurbehörde ertheilte Druckerlaubniß den L. Stein von der Verantwortlichkeit für jenen beleidigenden Aufsatz darum nicht befreien kann, weil für das Erste der specielle Fall, von welchem der §. 13 spricht, wo nämlich ein die Verfassung oder Verwaltung des deutschen Bundes oder einzelner deutscher Bundesstaaten, außer Baden, zum Gegenstand habender Aufsatz, mit Erlaubniß der Censurbehörde in eine Zeitung oder Zeitschrift aufgenommen worden, hier offenbar nicht vorliegt; weil für das Andere jener §. 13, obschon er durch die höchste Verordnung vom 28. Juli 1832 nicht ausdrücklich aufgehoben worden, doch als mit dem aufgehobenen §. 12 des Preßgesetzes in Verbindung stehend und ein Ganzes bildend, seine Anwendbarkeit verloren hat; weil für das Dritte der §. 13 des Preßgesetzes als durch den Art. 1 der höchsten Verordnung vom 28. Juli 1832 stillschweigend generalisirt nicht betrachtet werden kann, als welches mit dem in Kraft fortbestehenden §. 18 des Preßgesetzes, wornach Derjenige, welcher durch die Presse ein Vergehen oder Verbrechen verübt, zunächst in die Strafe verfällt, womit die bestehende Gesetzgebung dasselbe Verbrechen oder Vergehen überhaupt bedroht, nicht vereinbarlich wäre; weil endlich für das Vierte die Censurbehörde eben so wenig Jemand ermächtigen kann, einen Dritten an seiner Ehre zu kränken, so wenig ihr selbst die Befugniß eingeräumt ist oder eingeräumt werden kann, Jemand zu injuriren,"

und fand sich nicht bewogen, den Appellanten Stein freizusprechen.

Anmerkung. Hier hat also dieser Gerichtshof einen nicht aufgehobenen Paragraphen des Preßgesetzes für aufgehoben erklärt, während er, in derselben Sache, eine ausdrücklich aufgehobene Verordnung zur Anwendung bringt!

Bayer.

V.

Hofgericht am Unterrhein.

Kann ein grundherrliches Gefäll, nachdem es von dem Bezugsberechtigten selbst für eine alte Steuer declarirt und als solche von der Staatsregierung aufgehoben worden ist, in der Folge, wegen besserer Aufklärung über die privatrechtliche Natur der Abgabe, gegen den Besitzer des vormals pflichtigen Grundstücks, wieder an- und nachgefordert werden?

Leiningen gegen Wunsch.

Die sogenannte Riedmühle zu Borberg hatte früher an Churpfalz und nachmals an Leinigen eilf Malter Korn alljährlich entrichtet; allein bei der in Folge der eingetretenen Mediatisirung des Fürstenthums Leiningen nothwendig gewordenen Ausscheidung der landes- und standesherrlichen Einkünfte erklärte der mit dem Ausscheidungsgeschäfte von Seiten Leiningens beauftragte Beamte die fragliche Abgabe für eine Wasserfallrecognition und wies sie, als ein nützliches Regal, der damaligen Oberhoheitsgefällverwaltung in Miltenberg zu. So floß denn dieses Gefäll vom

1. Juli 1807 bis zum 1. Mai 1819 in die Großh. Staatscasse; von da an wurde es aber durch eine Entschließung des vormaligen Main- und Tauberkreisdirectoriums vom 23. Aug. 1819 als eine alte Abgabe von steuerartiger Natur für aufgehoben erklärt und demzufolge von dem Mühlenbesitzer nicht ferner entrichtet.

In der Folge leitete jedoch die fürstliche Domänencanzlei wegen des fraglichen Gefälls mit dem Großherzogl. Finanzministerium Verhandlungen ein, indem sie darzulegen suchte, daß es kein Wasserzins, kein Ausfluß des Staatseigenthums an Flüssen, sondern eine Gült sei, die der Standesherrschaft nicht hätte entzogen werden dürfen.

Das Großh. Finanzministerium fand diese Reclamation, vermöge Entschließung vom 2. Decbr. 1831, wohl begründet, verordnete den Ersatz der bezogenen Beträge an Leiningen und überließ der fürstlichen Domänencanzlei, sich vom 1. Mai 1819 an wieder in den Bezug dieses Gefälls zu setzen.

Durch diese Entschließung veranlaßt, nahm das Kreisdirectorium seine frühere Verfügung, wodurch die fragliche Abgabe als Wasserzins aufgehoben worden war, als irrig ergangen, in einem Erlasse vom 7. Januar 1832 zurück und ließ dem Riedmüller dieß mit dem Anfügen eröffnen, daß er die gedachte Abgabe künftig an die fürstlich Leiningensche Standesherrschaft fortzuentrichten habe. Weil er sich jedoch in Güte nicht dazu verstehen wollte, so sah sich die fürstliche Standesherrschaft genöthigt, gegen ihn darauf zu klagen:

„daß er zur künftigen Fortentrichtung von jährlichen eilf Malter Korngült von der Riedmühle, an das Rentamt Borberg, und vom 1. Mai 1819 an zur Geldentschädigung für die seither nicht entrichteten Gültfrüchte im mittleren Werthe der jedesmaligen Verfallzeit, nebst Zinsen vom Tag der Klage an, so wie in alle Streitkosten verurtheilt werde.“

In der Einlassung auf diese Klage widersprach der Beklagte, daß die fragliche Abgabe jemals eine Gült gewesen, indem sie allzeit als Wasserfallrecognition entrichtet worden sei. Jedenfalls könne jetzt von einer Gült nicht mehr die Rede seyn, nachdem Leiningen selbst im Jahr 1806 das Gefäll für einen Wasserzins declarirt und auf dessen Bezug verzichtet, auch der Staat die Abgabe aufgehoben und die davon befreite Mühle höher in die Steuer gelegt habe. Die der Klage beigelegten Entschließungen der Administrativbehörden könnten, als actus inter tertios, seinem wohlerworbenen Freiheitsrechte keinen Eintrag thun. Insbesondere finde auch eine Entschädigung pro præterito nicht Statt, einmal weil nach L. R. S. 2277 die Verjährung eingetreten und fürs andere, weil es eigenes Verschulden der fürstlichen Standesherrschaft sei, wenn sie sich nicht im Bezug des Gefälls erhalten, vielmehr solches aufgegeben habe. L. R. S. 2 b., 1110 a. und 1148 a. Es ward sonach um Abweisung der Klage gebeten.

In der Replik anticipirte die Klägerin den Beweis: daß fragliches Gefäll von seinem, ins sechszehnte Jahrhundert zurückgehenden, Ursprung an eine Gült gewesen und als solche bis ins Jahr 1806 verabreicht worden sei — durch Urkunden, und suchte auseinander zu setzen, daß ihr durch die Vorgänge von 1806 und 1819 das hergebrachte Gültrecht nicht habe entzogen werden können, weßhalb denn auch der Beklagte kein Freiheitsrecht erworben habe. Da die Standesherrschaft vor dem Erscheinen des Finanzministerialerlasses vom 2. Decbr. 1831, wodurch das vor 1807 bestandene Verhältniß wieder hergestellt worden, außer Stand gewesen sei, ihr Recht geltend zu machen, so habe auch gegen sie die Verjährung nicht laufen können rc. rc.

Duplicando setzte der Beklagte den abschriftlich vorgelegten Urkunden einen Widerspruch entgegen und glaubte sich darauf in so lange, als kein Beweiserkenntniß gegeben sei, nicht einlassen zu müssen.

Das Untergericht hielt jedoch ein solches nicht für nöthig und erkannte sofort zu Recht:

„daß Beklagter unter Verfällung in sämmtliche Kosten zur künftigen Fortentrichtung von jährlichen eilf Malter Korngült von der Riedmühle an das fürstliche Rentamt Borberg, so wie zur Entschädigung vom Jahr 1819 an, salva liquid. gehalten sei.“

Auf die von dem Beklagten gegen den ganzen Inhalt dieses Bescheids an das unterrheinische Hofgericht eingewandte Berufung ward jedoch nach gepflogener Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 14. Februar l. J. das abändernde Urtheil verkündigt:

„daß die Klägerin Appellatin, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, mit ihrem Anspruch lediglich abzuweisen sei.“

Es folgen hier die Entscheidungsgründe:

„In Erwägung, daß der Beklagte bis zum 1. Mai 1819 jährlich eilf Malter Korn von der Riedmühle entrichtet zu haben zugiebt, dagegen aber widerspricht, daß diese Abgabe eine Gült gewesen und behauptet, daß sie als Wasserfallrecognition gegeben worden sei;“

„In Erwägung, daß zwar die von der Klägerin theils mit der Replik, theils mit der Appellationseinredeschrift vorgelegten Urkunden (deren Inhalt hier als unwesentlich übergangen werden kann) die Behauptung des Beklagten zu widerlegen scheinen;“

„In Erwägung jedoch, daß die Erhebung der klägerischer Seits freiwillig angetretenen Beweise, durch Vorlage der Originalien, eben so wie eine Beweisauflage als zwecklos erscheint, weil sich aus der Klage selbst und ihren Beilagen unbezweifelt ergiebt, daß sie in Rechten nicht gegründet ist,

indem hiernach die fragliche Abgabe im Jahr 1806 von Seiten der Leiningenschen Behörde selbst für Wasserzins erklärt und der Großherzogl. Oberhoheitsgefällverwaltung zu Miltenberg zugewiesen, sofort seit dem 1. Juli 1807 von dieser und nachmals von der Großherzogl. Domänenverwaltung Bischofsheim bis zum 1. Mai 1819 erhoben, dann aber durch Entschließung des Großherzogl. Main- und Tauberkreisdirectoriums vom 23. Aug. 1819 als eine alte Steuer aufgehoben worden;"

„In Erwägung, daß zwar das Großherzogl. Finanzministerium in seinem Erlasse vom 2. Decbr. 1831 die fragliche Abgabe als eine der fürstlich Leiningenschen Standesherrschaft zu entrichtende Gült anerkannte, demzufolge den Rückersatz des vom 1. Juli 1807 bis zum 1. Mai 1819 Bezogenen angeordnet und der fürstlichen Domänencanzlei überlassen hat, sich von dem letztgenannten Termin an wieder in den Bezug dieses Gefälls zu setzen;"

„In Erwägung, daß auch das Großherzogl. Main- und Tauberkreisdirectorium zur Befolgung der von dem Großh. Finanzministerium erhaltenen Weisung in dem Erlasse vom 7. Januar 1832 die frühere Verfügung vom 23. Aug. 1819 als irrig ergangen, wieder aufgehoben und den Beklagten angewiesen hat, die fragliche Abgabe künftig an die fürstlich Leiningensche Standesherrschaft fortzuentrichten;"

„In Erwägung aber, daß diese, auf außergerichtliche, den Mühlenbesitzer nicht berührende, Verhandlungen zwischen dem Großherzogl. Finanzministerium und der fürstlichen Domänencanzlei ergangenen Verfügungen der Großherzogl. Administrativbehörden, nachdem einmal die fürstliche Standesherrschaft die fragliche Abgabe als ein Oberhoheitsgefäll, sei es aus irriger oder richtiger Ansicht ihres Beamten, freiwillig anerkannt und sich dessen begeben, auch die competente Großherzogl. Staatsstelle jenes Gefäll als eine alte Steuer zu Gunsten des Beklagten aufgehoben hat, den Letzteren nicht neuerdings damit belasten können, theils weil der Beklagte als Besitzer der Riedmühle durch die früheren Vorgänge seiner Verbindlichkeit ein- für allemal entledigt worden, theils weil im L. R. S. 710 f. b. ausdrücklich bestimmt ist, daß neue Gülten und Zinsen anders nicht, als in der Form von Erbrenten nach Satz 530 bestellt werden können;"

„In Erwägung, daß demnach der Beklagte, auch abgesehen von der auf L. R. S. 2277 gegründeten Einrede der Verjährung, durch den amtlichen Bescheid allerdings beschwert ist;"

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Anmerkung. Nach den nämlichen Grundsätzen wurde ein ganz ähnlicher Fall unter der Rubrik: Leiningen gegen Wachter, von dem Hofgerichte entschieden.

Bayer.

VI.

Prozeßrecht.

Fortsetzung einer angemeldeten Berufung nach einer nachhin statt deren Einführung angestellten, sodann aber verworfenen Wiederherstellungsklage.

Der in einem Rechtsstreit unterlegene Theil legte inner der gesetzlichen Frist gegen das Erkenntniß des Amts die Berufung ein, unterließ aber die Einreichung der Appellationsbeschwerdeschrift inner der Nothfrist, und wendete sich statt dessen, unter Vorbehalt seiner angemeldeten Berufung, mit einer Wiederherstellungsklage an den Unterrichter, der über solche verhandelte, nach gepflogener Verhandlung indeß die Klage verwarf, und sein erstes Urtheil bestätigte. Der andere Theil hatte wegen des in der Wiederherstellungsklage vorgekommenen Vorbehalts der Berufung gegen den ersten Bescheid nichts erinnert, auch unterlassen, ein Versäumnißerkenntniß gegen das angemeldete, aber nicht eingeführte, Rechtsmittel der Appellation nachzusuchen. Nach ungünstig entschiedener Wiederherstellungsklage kehrte sodann Appellant wieder zu seinem Rechtsmittel der Berufung zurück, und reichte das Beschwerdelibell ein. Es warf sich nun die Frage auf, ob nach angestellter Wiederherstellungsklage Appellant zu der angemeldeten Berufung wieder habe zurückkehren, und solche verfolgen dürfen, oder ob solche nicht durch jene Klage als erloschen anzusehen sei? In dem oben gegebenen Fall wird man sich für das Erstere entscheiden sollen. Die Erlöschung eines Rechtszugs kann auf dreierlei Weise Statt finden. Die erste ist die auf Anrufen des appellatischen Theils erfolgte richterliche Erklärung des Verfallens der Berufung wegen Versäumung der Aufstellung und Einführung der Beschwerden, und der Verlauf der Wiederherstellungsfrist nach diesem Versäumnißerkenntniß gemäß §. 1201—1203 der Prozeßordnung. — Ein derartiges Erkenntniß liegt hier aber nicht vor. Eine andere Art der Erlöschung eines Rechtszugs zeichnet der 40ste Titel der Prozeßordnung, insbesondere §. 802 und 808 vor, wovon in unserm Fall aber keine Rede ist. Die dritte Weise wäre die der Entsagung, §. 809 der Prozeßordnung, und nur von dieser könnte hier die Frage seyn. In dieser Beziehung würden die allgemeinen Grundsätze des Verzichts in Anwendung fallen, und aus concludenten Handlungen sich ein solcher folgern lassen, und so könnte man schließen, daß, da das Rechtsmittel der Berufung und der Wiederherstellung cumulative nicht Platz finden dürfen, durch Ergreifung des Letztern auf das Erstere verzichtet werde. Dieß möchte sich folgerichtig schon dadurch ergeben, daß nach §. 1251 das Rechtsmittel der Wiederherstellung oder die Wiederherstellungsklage nur gegen rechtskräftige Erkenntnisse Statt findet, wie denn dieses schon

die Natur dieser Klage mit sich bringt, und daß daher Derjenige, welcher solche gegen ein früheres Erkenntniß anstellt, nun ohnerachtet der Anmeldung der Berufung dagegen, dessen Rechtskraft vom Augenblick der Anstellung der gedachten Klage anselbst anerkennt, weil diese Rechtskraft eine nothwendige Bedingung dieser prozeßrechtlichen Klage resp. des Rechtsmittels ist, mit der Ergreifung des Letztern er demnach dieser Bedingung sich unterwirft und damit dem frühern Rechtsmittel der Berufung entsagt. In dem vorliegenden Fall tritt jedoch ein Umstand dazwischen, welcher einen solchen Verzicht ausschließen wird. Appellant hat nämlich die Wiederherstellungsklage unter dem ausdrücklichen Vorbehalt seiner angemeldeten Appellation angestellt, und dadurch erklärt, daß er solcher nicht entsagen wolle, und das Urtheil noch nicht für rechtskräftig halte. Ein derartiger Vorbehalt steht allerdings mit der gesetzlichen Bedingung der Wiederherstellungsklage, daß nämlich das Erkenntniß ein rechtskräftiges sei, im Widerspruch, und war daher unzuläßig, weßhalb auch die Richter diese Klage angebrachtermaßen verwerfen sollen. Nachdem aber nun einmal der Richter die Klage unter diesem Vorbehalt annahm, und die Gegenpartei darüber nichts erinnerte; so steht solcher der sonst concludenten Folgerung ausnahmsweise entgegen, daß durch Ergreifung des Rechtsmittels der Wiederherstellung der früher angemeldeten Berufung durch Anerkennung der Rechtskraft des Urtheils entsagt sei, und es konnte daher vom Appellanten auf sein früheres mit stillschweigender Zustimmung des Gegentheils sich reserviertes Rechtsmittel der Berufung zurückgegangen werden, denn positiv schreibt das Gesetz nirgends vor, daß durch Anstellung der Wiederherstellungsklage ipso jure dem frühern Rechtsmittel entsagt werde, es wird dieß in der Regel nur aus der Natur der Sache gefolgert; wo aber einer solchen vom Gesetz nicht direct gebotenen Folgerung die ausdrückliche von dem Gegentheil nicht widersprochene Verwahrung des einen Theils hierüber entgegensteht, und der Richter unter dieser die Handlung, die sonst als Verzicht anzusehen ist, zuläßt, da vermag dann solche nicht mehr als ein Verzicht zu wirken. Die Berufung läßt sich daher hier ohne Zweifel fortsetzen.

Merk.

VII.

Kann der Appellat, unter Umständen selbst in der mündlichen Schlußverhandlung noch, die Einrede der fehlenden Caution für die Prozeßkosten vorschützen?

Schill gegen Biermann.

Der Kläger hatte gegen ein amtliches Erkenntniß, wodurch die gegen ein Versäumungsurtheil von ihm nachgesuchte Wiederherstellung verworfen worden war, das nach §. 672 der Prozeßordnung zuläßige Rechtsmittel der Berufung ergriffen und den Antrag gestellt: die Wiederherstellung zuzulassen, sohin das Untergericht, unter Aufhebung seines Contumacialbescheides, zur Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache oberrichterlich anzuweisen *). Nach Einkunft der Beschwerdeschrift erfolgte auf den Grund der §§. 1235 und 36 der Prozeßordnung der Beschluß:

„dieß gehet dem Appellaten zur Kenntniß zu und wird diese Sache zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt, wovon der Appellat Nachricht erhält, um, wenn er will, mit einem Gerichtsadvocaten in der anberaumt werdenden Gerichtssitzung zu erscheinen."

In der öffentlichen Sitzung vom 7. Febr. d. J. erschien nun für den Appellaten ein Anwalt und übergab vor Allem eine Vorstellung, worin er darauf antrug, den Kläger Appellanten, als Ausländer, zur Stellung einer Caution von 50 fl. für die Prozeßkosten der ersten und zweiten Instanz, dann zu einer Sicherheitsleistung von 250 fl. für den Schaden, welcher dem Appellaten durch eine widerrechtliche Arrestanlage zugefügt worden sei, vor aller weitern Verhandlung anzuhalten, widrigenfalls die Berufung als verfallen erklärt werden soll.

Nachdem der appellantische Anwalt sich hierüber erklärt und namentlich gegen den geforderten Cautionsbetrag von 50 fl. nichts eingewendet hatte, wies das Gericht beide Anwälte an, sich nunmehr über die Hauptfrage selbst zu verbreiten, damit das Erkenntniß hierüber jetzt schon fürsorglich gefaßt werden könne, selbst wenn der Kläger zur Sicherheitsleistung angehalten werden sollte.

Nach Anhörung der mündlichen Rechtsausführung faßte dann der Gerichtshof das Erkenntniß in der Hauptsache

*) Eine solche Zurückweisung an den Unterrichter fände in keinem Falle Statt, ausgenommen wenn es sich bloß um den Ausschluß mit einer Beweis- oder Gegenbeweisantretung nach §. 415 handelte, denn in allen übrigen Fällen ist das Versäumungserkenntniß nach §. 671 immer zugleich auch ein Endurtheil, und es ist daher, wenn das Obergericht nach §. 660 oder 661 die Wiederherstellung gegründet erkennt und zuläßt, von demselben nach etwa vervollständigtem Verfahren, gemäß §. 1223 und 1224, zugleich auch in der Hauptsache ein Endurtheil zu geben, ohne daß die Sache an den Unterrichter wieder zurückgewiesen werden dürfte.

Die §§. 1223 und 1224 haben den heilsamen Zweck, unnöthige Weiterungen und Wiederholungen des Verfahrens abzuschneiden, wenn auch dadurch in dem einen oder andern Punkte des richterlichen Erwägens eigentlich eine Instanz abgeschnitten werden sollte, was ja überall auch schon da der Fall ist, wo bei der Appellation überhaupt nova zugelassen werden, indem man auch hier sagen kann, daß das oberrichterliche Erkenntniß, sofern es auf diese nova sich gründet, ein erstinstanzliches sei. D. R.

und beschloß, solches einstweilen aufbewahren zu lassen, bis der Zwischenverfügung genügt seyn werde, welche in instanti dahin ergieng:

„Nach Ansicht des in öffentlicher Sitzung von dem appellatischen Anwalt gestellten Antrags auf Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten beider Instanzen, so wie für den durch die Arrestanlegung dem Beklagten angeblich zugegangenen Schaden“ —

„In Erwägung, daß, da der Beklagte in erster Instanz weder in der einen noch in der andern Beziehung vom Kläger Sicherheitsleistung verlangt hat, in zweiter Instanz nach den §§. 180 und 1221 Nr. 2 der Prozeßordnung nur für die daselbst entstehenden Kosten und keineswegs auch für Entschädigung eine Caution gefordert werden darf, welche, da der Kläger Appellant gegen die Summe von 50 fl. nichts eingewendet hat, von selbst ihre Bestimmung findet;“

„In Erwägung, daß der Beklagte Appellat nach §. 1235 in Verbindung mit §. 296 der Prozeßordnung das Recht hat, sich in der öffentlichen Sitzung zu vertheidigen und namentlich auch die Einrede der fehlenden Caution vorzutragen;“

„In Erwägung, daß der von dem appellatischen Anwalte gestellte Antrag den §§. 1104 und 1115 der Prozeßordnung gemäß eingerichtet, sonach in formeller und materieller Hinsicht gehörig begründet ist;“

„Nach Ansicht des §. 299 der Prozeßordnung — dessen Bestimmung hier analog angewendet werden muß;“

„Aus diesen Gründen wird der Kläger Appellant für schuldig erkannt, für die Prozeßkosten der zweiten Instanz in der durch §. 182 der Prozeßordnung bestimmten Weise binnen drei Wochen eine Caution von 50 fl. zu stellen, widrigenfalls der Stillstand der Verhandlung auf so lange verfügt werden wird, als der Kläger die geforderte Caution nicht leistet; dagegen wird der Antrag des appellatischen Anwalts auf Stellung einer weiteren Caution für Entschädigung als unstatthaft verworfen rc. rc.“

Anmerkung. Man vergleiche damit den Artikel im ersten Jahrgang Nr. 61 Seite 371 der Annalen.

Bayer.

VIII.

Hofgericht am Unterrhein.

Anfechtung eines letzten Willens wegen Blödsinns des Testirenden.

Wittwe Metz gegen Peter Metz.

In erster Instanz ward die Anfechtungsklage abgewiesen. Auf ergriffene Appellation erfolgte ein bestätigendes Erkenntniß.

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des am 4. Juni 1833 von der Georg Schmunks Wittwe zu Neckarhausen errichteten öffentlichen letzten Willens und in Erwägung

1) daß die formelle Gültigkeit dieses letzten Willens nicht bestritten ist und auch nicht bestritten werden kann, indem derselbe unter Beobachtung der durch die L. R. S. 971 und 972 vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet worden ist;

In Anbetracht

2) daß dieser letzte Willen zwei ganz verschiedene Dispositionen enthält, indem die Testirerin zuerst die Kinder ihrer Schwester, der jetzigen Klägerin, jedoch mit Ausschluß der Franziska Metz, verehelichten Kuhn, zu ihren Erben einsetzte, demnächst aber in demselben Acte, nachdem sie sich, wie in dem Testamente bemerkt ist, einige Augenblicke besonnen hatte, diese ihre Disposition dahin abänderte, daß, weil Peter Metz, der jetzige Beklagte, sie lebenslänglich verpflegen müsse, dessen Kinder, nach ihrem Ableben, ihr sämmtliches Vermögen zu Eigenthum erhalten sollen;

In Erwägung

3) daß die Klägerin in ihrer am 10. August v. J. abgegebenen Erklärung, welche sie als eine Klage gegen ihren Sohn Peter Metz betrachtet wissen will, die Gültigkeit dieses letzten Willens nur aus dem Grunde zu bestreiten suchte, weil die Schmunks Wittwe nicht nur zur Zeit der Errichtung des Testaments, sondern schon lange vorher blödsinnig und nicht bei gesundem Verstand gewesen seyn soll, daß aber die Klägerin in der Appellationsbeschwerdeschrift für den Fall, daß dieses Testament als zu Recht beständig erkannt werden sollte, die weitere Bitte stellte, entweder die zu Gunsten ihrer Kinder in dem Testament enthaltene Verfügung für gültig zu erklären und den Nachlaß an diese auszufolgen, oder doch wenigstens den Nachlaß unter diese und unter die Kinder des Beklagten zu vertheilen;

In Anbetracht jedoch

4) daß dieses von der Appellantin erst in der Appellationsbeschwerdeschrift gestellte Begehren jetzt dahier um so weniger berücksichtigt werden kann, als dieselbe eines Theils nicht legitimirt ist, für ihre großjährigen Kinder klagend aufzutreten und deren etwaige Ansprüche an den Nachlaß der Schmunks Wittwe geltend zu machen, und andern Theils auch nur die Frage Gegenstand der untergerichtlichen Verhandlung und Entscheidung war, ob das Testament der Schmunk'schen Wittwe überhaupt gültig sei oder nicht, keineswegs aber auch die Frage, ob die erste zu Gunsten der Kinder der Klägerin oder die zweite zu Gunsten der Kinder des Beklagten in diesem Testamente getroffene Verfügung, oder ob beide Verfügungen zugleich zum Vollzug zu bringen seien, weßhalb jetzt auch nur die Frage Gegenstand der

oberrichterlichen Entscheidung seyn kann, ob dieses Testament überhaupt gültig sei oder nicht;

In Anbetracht

5) daß nach L. R. S. 901 zur Gültigkeit eines letzten Willens vor Allem erfordert wird, daß Derjenige, welcher denselben errichtete, zur Zeit der Errichtung bei gesundem Verstande war, ohne daß es, im Fall derselbe nicht bei gesundem Verstande gewesen seyn sollte, weiter darauf ankommen kann, ob gegen ihn bereits die Entmündigung erkannt war oder nicht, indem sich der L. R. S. 504 nur auf gewöhnliche Rechtshandlungen bezieht; und nicht auf Freigebigkeitsverfügungen auf den Todesfall bezogen werden kann, bei welchen nur die unbeschränkte Vorschrift des L. R. S. 901 anwendbar ist, weßhalb die von der Klägerin erhobene Klage als begründet erscheinen würde, wenn sie erwiesen hätte, daß die Schmunks Wittwe zur Zeit, als sie dieses Testament errichtete, nicht mehr bei gesundem Verstand gewesen sei;

In Erwägung

6) daß die Klägerin zwar den Beweis: daß die Schmunks Wittwe nicht bei gesundem Verstand sei, aus dem Testamente selbst zu deduciren sucht, dieser Beweis aber nicht in dem Testamente liegt, indem vielmehr darin selbst beurkundet ist, daß dieselbe damals bei gesundem Verstande gewesen sei, was auch daraus hervorgeht, daß die Testirerin, indem sie die erste zu Gunsten der Kinder der Klägerin getroffene Verfügung unmittelbar nachher zu Gunsten der Kinder des Beklagten abänderte, dafür einen sehr vernünftigen Grund angab, und die diesem Testamente angehängte Bemerkung des Testamentsverfertigers und der Zeugen, daß die Testirerin bei einer kurz darauf erfolgten Aeußerung Merkmale von Gedächtnißschwäche zu erkennen gegeben habe, um so weniger zur Begründung der Klage dienen kann, als nur eine Verstandesschwäche, und zwar nur eine solche Verstandesschwäche, welche die Ueberlegung aufhebt, und den Menschen unfähig macht, eine vernünftige Verfügung zu treffen, keineswegs aber eine gewöhnlich mit dem Alter eintretende und zunehmende Gedächtnißschwäche, zur Errichtung eines Testaments unfähig macht.

In Erwägung endlich

7) daß sich die Klägerin zur Begründung der Klage noch auf zwei Zeugnisse bezieht, nämlich auf ein Zeugniß des Gemeinderaths zu Neckarhausen, worin derselbe beurkundet, daß es ortskundig sei, daß die Schmunks Wittwe während ihres dortigen Aufenthalts und schon vorher blödsinnig und nie bei gutem Verstand und gesunder Vernunft und ganz kindisch gewesen sei, so daß dieselbe nicht einmal gewußt habe, was rechts oder links sei; sodann auf ein Zeugniß des practischen Arztes Hermann zu Seckenheim, worin derselbe bezeugt, daß er die Schmunks Wittwe bei seinen ärztlichen Besuchen nie ganz bei Verstand gefunden und daß ihm dieselbe auf die leichtesten Fragen verkehrt geantwortet habe; diese beiden Zeugnisse aber um so weniger zum Beweise des Klagegrundes dienen können, als dieß

a) nur außergerichtliche unbeschworene Zeugnisse sind, welche als solche keine Beweiskraft haben und

b) diese Zeugnisse auch mit der in dem Testament selbst enthaltenen Beurkundung, daß die Testirerin damals bei gesundem Verstande gewesen sei, im Widerspruche stehen; endlich

c) auch nur ein allgemeines Urtheil über die Geisteskräfte der Testirerin enthalten, ein solches Urtheil aber zur Herstellung des der Klägerin obliegenden Beweises nicht genügt, indem diese vielmehr bestimmte Thatsachen oder Aeußerungen der Schmunks Wittwe hätte angeben und erweisen müssen, welche die richterliche Ueberzeugung begründen könnten, daß dieselbe zur Zeit der Errichtung des bestrittenen Testaments nicht bei gesundem Verstand, mithin unfähig gewesen sei, diesen letzten Willen zu errichten.

Aus diesen Gründen wurde das am 5. October v. J. bei dem Amt Ladenburg ergangene Erkenntniß unter Verfällung der Klägerin Appellantin in die Kosten dieser Instanz bestätigt.

Bayer.

IX.

Anfrage.

Eine Wittwe A. Sch. hat im Jahr 1818 der Barbara B. eine Obligation von 500 fl. cedirt. Im Cessionsschein ist gesagt, daß sie von der Cessionarin den vollen Werth mit 500 fl. baar erhalten habe.

Nach der Cedentin Tod klagten ihre beiden Söhne Ignaz und Joseph Sch. gegen den Ehemann ihrer Schwester, Karl M., bei dem die Mutter gewohnt hatte, auf Ersatz jener 500 fl. mit Zinsen, da er solche bei der Cessionarin im Jahr 1818 für die Mutter erhoben und für sich behalten habe.

Der Beklagte M. erklärte, die Mutter habe ihn mit dem erwähnten Cessionsschein, worin die Zahlung von ihr quittirt ist, zur Cessionarin geschickt, um dagegen für sie dort das Geld abzuholen. Er habe alsdann diesen Auftrag vollzogen und ihr das Geld, so wie er es von der Cessionarin erhalten, sogleich überbracht.

Die Kläger erwiderten, darnach sei anerkannt, daß der Beklagte das Geld von der Cessionarin für die Mutter erhoben habe, er möge also beweisen, daß er es an die Letztere auch wirklich abgeliefert habe.

Nach dem L. R. S. 1356 hätte der Beklagte, da sein Geständniß der Erhebung des Geldes von der damit verbundenen Behauptung der Ablieferung desselben an die Mutter nicht getrennt werden dürfte, den Beweis der Ablieferung nicht führen müssen

Nach dem §. 401 der Prozeßordnung ist er nun aber zu diesem Beweise verbunden.

Frage: Kann die von der Mutter für die Cessionarin ausgestellte Bescheinigung dem Beklagten als Anfang eines schriftlichen Beweises gelten und den Zeugenbeweis zulässig machen?

B.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 12. | Karlsruhe den 22. März 1834.

X.

Hofgericht am Unterrhein.

Muß die Principalintervention, wenn schon der Hauptstreit im höheren Rechtszuge schwebt, dennoch bei dem Richter erster Instanz angebracht werden?

Am 15. Juni 1829 hatten die Besitzer der Ober- und Untertiefenthaler Höfe, zur Niederschlagung eines zwischen ihnen entstandenen Prozesses, über verschiedene wechselseitige Berechtigungen einen Vergleich abgeschlossen; da jedoch nachher die Untertiefenthaler Hofbauern sich weigerten, diesen Vergleich zu halten, so klagten die Obertiefenthaler auf dessen Vollzug. Das Untergericht erkannte auch durch Bescheid vom 2. Februar v. J. die Beklagten für schuldig, den Vergleich zu vollziehen, wogegen aber diese appellirten.

Nachdem bereits die schriftliche Verhandlung gepflogen und die Sache auf die Rolle gesetzt war, erhob die fürstlich Leiningensche Standesherrschaft, von welcher der Untertiefenthaler Hof als Erblehen relevirt, bei dem Hofgericht eine Zwischenklage, behauptend, daß ohne ihre obereigenthumsherrliche Zustimmung die Erbbeständer nicht befugt gewesen seien, jenen das Hofgut mit dinglichen Lasten beschwerenden Vergleich zu schließen.

Indem sich die Standesherrschaft für die Zuläßigkeit dieser Hauptintervention bei dem Hofgerichte auf den §. 100 der Prozeßordnung berief, bat sie, zu erkennen: daß der fragliche Vergleich für unwirksam und nichtig zu erklären, sonach die Hauptklage der Obertiefenthaler Hofbauern, unter Verfällung derselben in die Kosten, lediglich abzuweisen sei.

Auf erkannte Ladung brachten die Principalintervenenten, unter anderen hier nicht weiter interessirenden Schutzreden, auch den Einwand vor: daß der Appellationsrichter, als erste Instanz, zur Verhandlung und Entscheidung dieser Hauptzwischenklage nicht competent sei; denn letztere müsse nach §. 101 der Prozeßordnung als eigentliche Klage betrachtet und nach deren Erforderniſſen eingerichtet, mithin bei dem Untergerichte angebracht werden, damit kein Theil eine Instanz verliere.

In Bezug auf diesen Einwand sollte, nach dem Petitum, erkannt werden: daß die Zwischenklage hier nicht Statt finde.

Die Hauptsache ward nun einstweilen ausgesetzt und in der öffentlichen Sitzung vom 24. Januar l. J., nach mündlicher Schlußverhandlung über die Principalintervention —

„in Erwägung, daß zwar nach §. 100 der Prozeßordnung die Hauptintervention zu jeder Zeit und in jeder Lage des Rechtsstreites zuläßig, daß jedoch damit weder gesagt ist, noch gemeint seyn kann, daß wenn, wie im vorliegenden Falle, der Hauptstreit schon in eine höhere Instanz erwachsen ist, auch die Interventionsklage bei dem Richter zweiter oder dritter Instanz angebracht werden dürfe und verhandelt werden müsse, vielmehr das Gegentheil darum angenommen werden muß, weil durch die Hauptintervention ein ganz neuer Rechtsstreit beginnt, womit die Verhandlungen über die Appellation materiell gar nicht connex sind, und die Intervention mit keinem Eingriffe in fremde Rechte verbunden seyn, mithin den Interventen dadurch das Recht der ersten Instanz nicht entzogen werden darf" —

von dem III. Senate *) durch Urtheil zu Recht erkannt:

„daß die fürstlich Leiningensche Standesherrschaft mit der erhobenen Interventionsklage, unter Verfällung in die Kosten dieses Zwischenstreites, von hier ab und an den Richter erster Instanz, das Amt Wertheim, zu verweisen sei."

Anmerkung. Dieses Urtheil ist, in Anwendung der Grolmannschen Theorie des gerichtlichen Verfahrens rc. rc. §. 158 a. S. 245, mit einer Majorität von drei Stimmen gegen zwei, zu Stand gekommen.

Die Minorität, welche die entgegengesetzte Ansicht Martins für sich anführte, wollte die Einrede der Incompetenz

*) Seit dem 20. Januar l. J. ist das unterrheinische Hofgericht in drei Senate getheilt, wovon jeder wöchentlich eine öffentliche und eine geheime Sitzung hält.

verwerfen und das Hofgericht als Richter in der Hauptsache auch zur Verhandlung und Entscheidung der Zwischenklage für zuständig erkennen, um so mehr, da die §§. 100 bis 103 der Prozeßordnung aus Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 292 und 293 fast wörtlich entlehnt sind.

Zwar giebt der Ziegler'sche Entwurf da, wo die Hauptsache in der Appellationsinstanz anhängig ist, der Zwischenklage bei dem Obergerichte nur dann Statt, wenn entweder die dort hängige Sache sich ihrem Werthe nach zum dritten Rechtszuge eignet oder aber, wenn die Einwilligung von Seiten der in zweiter Instanz streitenden Theile hinzutritt, damit für die Zwischenklage wenigstens zwei Instanzen übrig bleiben. Allein die Bestimmungen jenes Entwurfes, wornach jedenfalls in der vorliegenden, ihrem Gegenstande nach zur Oberberufung geeigneten, Sache die Principalintervention bei dem Hofgerichte zulässig wäre, sind nicht in die Prozeßordnung übergegangen. Vielmehr wird in den von Weiler'schen Motiven §. 100—117 gesagt: „die Intervention — die principale wie die accessorische — sodann die Litisdenunciation ist nach jenen gemeinrechtlichen Grundsätzen behandelt, welche bereits den Bestimmungen der Obergerichtsordnung §. 119—122 zu Grunde liegen."

Nun ist es aber nach §. 119 der Obergerichtsordnung nicht zweifelhaft, daß die Principalintervention, obgleich sie auch (wie die dortige Rückweisung auf den §. 6 der Obergerichtsordnung zeigt) nach den Erfordernissen einer Klage eingerichtet seyn mußte, in concreto bei dem Hofgerichte angebracht werden konnte.

Während die Prozeßordnung daran nicht das Mindeste ändert, bezeichnet sie die Intervention als die Befugniß eines Dritten, in den zwischen Andern anhängigen Rechtsstreit sich einzumischen und läßt insbesondere die Hauptintervention zu jeder Zeit und in jeder Lage des Rechtsstreits zu.

Das Gesetz hätte sich nicht deutlicher aussprechen können, wann und wo eine Zwischenklage anzubringen sei. Sie kann ihrer Natur und Intention nach nur allein bei demjenigen Gerichte Platz greifen, wo ein das Interesse des Intervenienten berührender Rechtsstreit zwischen Andern anhängig ist. Das Gericht, bei welchem im Augenblicke der Hauptprozeß schwebt, ist allemal die erste Instanz für die Zwischenklage, gleichviel ob die Hauptsache im ersten, zweiten oder dritten Rechtszuge läuft. Es giebt keine besondere Instanz für die Intervention.

Nach §. 31 der Prozeßordnung ist für alle Nebensachen, welche im Laufe des Prozesses über die Hauptsache vorkommen, das Gericht der Hauptsache ebenfalls zuständig, in so fern die Nebensache nicht einen Gegenstand betrifft, welcher seiner Gerichtsbarkeit entzogen ist.

Zu den Nebensachen, Incident- oder Zwischenpunkten gehören aber namentlich die Adcitationen, Litisdenunciationen, Interventionen 2c. 2c., von welchen nicht behauptet werden kann, daß sie der Gerichtsbarkeit des Richters der Hauptsache entzogen seien.

Der Richter, welcher den Hauptstreit schon entschieden hat, ist in Bezug auf denselben nicht mehr Richter, er ist nicht befugt, den Lauf des Prozesses in der obern Instanz zu hemmen, bis über eine bei ihm angebrachte Zwischenklage, die jedoch diesen Namen nicht verdiente, rechtskräftig entschieden seyn wird.

Der nächste Zweck der Principalintervention ist aber, den Hauptstreit zum Stillstand zu bringen, damit dem Intervenienten aus dessen Fortsetzung kein Nachtheil erwachse; wenn nun z. B. ein Prozeß in dritter Instanz versirt, so wird wohl schwerlich Jemand auf den Einfall gerathen, Einhalt mit allem weiteren Verfahren in der Hauptsache bei der untersten Instanz nachzusuchen, bis er sich mit seiner Zwischenklage ebenfalls bis zur höchsten Instanz durchgearbeitet und dort ein rechtskräftiges Urtheil darüber erlangt haben wird. Der Oberrichter würde es sich nicht gefallen lassen, daß der Unterrichter eine derartige Sperre gegen ihn anlegt.

Uebrigens sind Fälle, wo der einen Partei eine Instanz entzogen wird, der Prozeßordnung nicht fremd. Beispiele hievon enthalten die §§. 1224 und 1238.

Allein es läßt sich nicht einmal behaupten, daß dem Zwischenbeklagten die erste Instanz entzogen wird, wenn der Intervenient erst im Rechtszuge der Appellation über die Hauptsache auftritt; die Rechte beider Theile sind durchaus gleich. Der Intervenient legt es schwerlich darauf an, dem Interventen eine Instanz zu entziehen, weil sie ja auch für ihn verloren gienge. Er kann sich nicht eher einmischen, als bis er Kenntniß davon, daß und wo sich Andere um etwas streiten, wobei er betheiligt ist, erhalten hat. Da, wo er den Streit zwischen Andern anhängig findet, ist die Zeit und Gelegenheit für ihn zum Dazwischentreten, da ist die Instanz für die Zwischenklage, eine andere kann er dem Interventen nicht entziehen, weil sie nirgends vorhanden ist.

Wer an dem einen Ende der Stadt einen Haufen Streitender trennen will, der geht nicht an das andere Ende zurück, um sie von dort aus zu zerstreuen, sondern wirft sich an Ort und Stelle zwischen sie hinein, um sie auseinander zu bringen. Das heißt interveniren.

Was hiernächst in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen von dem Abmangel einer materiellen Connexität zwischen der Appellation und Intervention, sodann

von einem Eingriff in fremde Rechte gesagt wird, paßt um so weniger hierher, als nach §. 100 der Prozeßordnung das Wesen der Principalintervention gerade darin besteht: daß der Zwischenkläger ein selbstständiges, eine oder beide streitenden Hauptparteien theilweise oder gänzlich ausschließendes, mit der Hauptsache in solcher Verbindung stehendes Interesse behauptet und bescheinigt, daß ihm ohne seine Einmischung aus der Fortsetzung des Rechtsstreits Nachtheil erwachsen würde!

Jedenfalls hätte sich das hofgerichtliche Erkenntniß, welches sogar weiter als das Petitum der Interventen geht, nach Maßgabe des §. 337 der Prozeßordnung auf den Ausspruch: „die Zwischenklage findet hier nicht Statt," lediglich beschränken und sich einer Verweisung derselben an das Amt Wertheim enthalten sollen; denn dieses hat nach §. 54 der Prozeßordnung selbst über seine Zuständigkeit zu erkennen. Wenn nun das Amt, vermöge des ihm zustehenden Entscheidungsrechts, ebenfalls erkennt: „die Zwischenklage findet hier nicht Statt," und die intervenientische Standesherrschaft appellirt dagegen, so wird eine kleine Verlegenheit entstehen, weil es dann erst an der Zeit ist, von zweiter Instanz wegen auszusprechen: ob das Amt competent sei oder nicht?

Vermuthlich wird es aber die Intervenientin vorziehen, gegen das hofgerichtliche Urtheil, statt sich nach Anleitung desselben an das Amt zu wenden, das Rechtsmittel der Berufung zu ergreifen, um eine Remissoria zu erwirken, die nicht wohl ausbleiben kann.

Bayer.

Anmerkung der Redaction. Ich würde mich der Ansicht der Minorität anschließen, und annehmen, daß nicht nur die Nebenintervention, hinsichtlich deren es im §. 106 noch bestimmter ausgedrückt ist, sondern auch die Hauptintervention nur bei demjenigen Richter, bei welchem gerade die Hauptsache anhängig ist, angebracht werden müsse, da dieß nicht nur die natürlichste und ungezwungenste Auslegung des §. 100 Abs. 2 ist, sondern selbst der Begriff einer Zwischenklage ganz wegfiele, wenn sie nicht ein Zwischenverfahren vor dem Richter, vor dem die Hauptsache anhängig ist, einleiten, sondern als eine selbstständige Klage vor dem Unterrichter, der ohnehin das Hauptverfahren vor dem Obergerichte nicht einstellen könnte, angebracht und verhandelt werden sollte.

Uebrigens scheint mir, daß es sich hier gar nicht einmal um eine Haupt- sondern nur um eine Nebenintervention handelte, da der Intervenient dasselbe Begehren stellte, wie es der Beklagte gestellt haben wird, er sich also der Rolle des Beklagten, mit dem er hinsichtlich der Unwirksamkeit des bestrittenen Vergleichs ein gemeinschaftliches Interesse hatte, nur anschloß.

Darauf, daß der Intervenient in der Lehenseigenschaft des durch den Vergleich beschwerten Gutes noch einen weitern Grund für die Ungültigkeit des Vergleichs, beziehungsweise für die Verwerflichkeit der Klage, fand und geltend machte, kann es bei der Frage: ob es sich um eine Haupt- oder um eine Nebenintervention handle? nicht ankommen, denn regelmäßig mischt sich auch der Nebenintervenient gerade darum ein, um durch weitere Gründe die Sache derjenigen Partei, mit der er gemeinschaftliches Interesse in der Hauptsache hat, zu unterstützen.

Nur alsdann erscheint nach §. 100 der Intervenient als Hauptintervenient, wenn er ein, die

„eine oder beide streitenden Hauptparteien theilweise oder gänzlich ausschließendes,"

Interesse geltend macht, wobei er also unmöglich nur dasselbe Petitum, wie eine der beiden Parteien stellen kann, sondern etwas Andres auch für sich selbst begehren muß.

Hier hat nun der Intervenient weder etwas Anderes begehrt, als der Beklagte, noch hat er diesen ganz oder auch nur theilweis vom Prozeß ausschließen wollen; er hat vielmehr mit ihm das gemeinschaftliche Interesse, daß der Vergleich als ungültig erklärt und die Klage verworfen werde, und er behauptet dabei nicht, daß dieß nur sein Interesse sei und der Gegenstand des Streits den Beklagten gar nichts angehe, oder daß derselbe wenigstens bei einem Theile des Streitobjects, beziehungsweise der im Vergleiche liegenden Gutsbelastung, nicht betheiligt sei. Ward das Gut durch den Vergleich belastet, so ist dabei der Beklagte als Nutzeigenthümer ganz eben so betheiligt, wie der Intervenient als Obereigenthümer, und zwar hinsichtlich des ganzen Umfangs des Guts, beziehungsweise des dasselbe belastenden Vergleichs. Gegenüber dem Kläger haben also beide nur ein und dasselbe Interesse und ist dieses Streitverhältniß erledigt, so mögen sie ihren Kampf über das Obereigenthum nachträglich unter sich noch immer austragen.

Hiernach scheint mir, daß hier die Standesherrschaft nicht als Haupt- sondern als Nebenintervenientin zu behandeln gewesen wäre.

Bekk.

XI.

Anfrage.

1) Müssen Diejenigen, welche ihr angebornes Bürgerrecht antreten, den in den §§. 34 und 35 des neuen

Bürgerannahmsgesetzes vorgeschriebenen dreifachen reinen Betrag des jährlichen Bürgernutzens ebenfalls bezahlen? *)

2) Wie ist es in dieser Beziehung mit Bürgerswittwen zu halten, die schon im Genusse sind und alsdann in der Gemeinde mit einem Einheimischen sich wieder verheirathen? **)

3) Wie, wenn ein Fremder ein Haus oder Gut mit dem darauf haftenden Bürgernutzen kauft, und sich bürgerlich aufnehmen läßt oder bloß staatsbürgerlicher Einwohner bleibt? ***)

4) In einem als Nebenort einer Gemeinde zugetheilten Weiler mit eigener Gemarkung wurde für die Aufnahme eines Fremden bisher weder in die Ortskasse, noch in die Gemeindskasse ein Einkaufsgeld bezahlt. Soll nun nach dem neuen Gesetz künftig ein solches bezahlt werden? *)

5) Wer hat in einem solchen Nebenorte die Armen zu unterhalten? **) D.

---

*) Sicher nicht! — Das erste Kapitel des zweiten Titels vom Bürgerannahmsgesetze handelt vom Antritt des angeborenen Bürgerrechts, und das zweite Kapitel von der Erwerbung desselben durch Aufnahme. Nur in dem Letztern ist nun in den §§. 34 und 35 von der Zahlung des dreifachen Betrags der jährlichen Bürgergenüsse die Rede. Dagegen ist in dem vom Antritt des angeborenen Bürgerrechts handelnden ersten Kapitel von einer solchen Zahlung nichts erwähnt, vielmehr im §. 13 ausdrücklich gesagt, daß außer den im §. 12 angegebenen Geldern für den Bürgerrechtsantritt nichts zu zahlen sei. Auch sagt der §. 34, auf den sich der §. 35 lediglich bezieht, wörtlich nur, daß der in das Bürgerrecht „Aufzunehmende," nicht aber auch daß der dasselbe „Antretende" die Nutzungsbeträge zu zahlen habe. D. R.

**) Wittwen erhalten oder behalten, so lange sie im Wittwenstande bleiben, den Antheil, der ihrem Manne gebührte. Gemeindeordnung §. 102, 108, 113 und 81, Bürgerannahmsgesetz §. 5 und 52.

Wenn sich aber eine Wittwe wieder verehelicht, so ist sie keine Wittwe mehr, hat also keine Bürgernutzungen mehr für sich anzusprechen, und die Frage, ob ihr neuer Ehemann gegen Zahlung der drei Nutzungsbeträge oder ohne solche Zahlung zum Bürgergenusse gelangen werde? — hängt davon ab, ob er in der Gemeinde das Bürgerrecht durch Aufnahme erst erworben, oder aber ein angebornes nur angetreten habe. D. R.

***) Hier kommt es auf den Titel an, kraft dessen der Bürgernutzen auf einem Haus oder Gute haftet.

Die Verbindung des Bürgergenusses kann entweder bloß auf einer gemeinderechtlichen Bestimmung beruhen, oder privatrechtlich, nämlich unwiderruflich, seyn.

Das Gemeindegesetz, alte Observanzen, oder Gemeindebeschlüsse konnten bestimmen, daß Bürgergenüsse auf gewisse Häuser oder Güter vertheilt werden, so wie sie bestimmen konnten, daß dieselben den Bürgern nach dem Alter ihres Bürgerrechts, nach der Größe ihres Besitzthums, oder nach irgend einem andern Maßstabe zukommen sollten.

Hier genießt der Besitzer eines Guts oder Hauses nur kraft gemeinderechtlicher Bestimmung, welche Bestimmung durch einen in gesetzlicher Form gefaßten Gemeindebeschluß auch wieder abgeändert werden kann. Der Genuß ist also in solchen Fällen noch wahrer Bürgergenuß, lediglich abgeleitet aus dem Bürgerrecht und aus der für die Bürger maßgebenden Gemeindeordnung; derselbe kann somit Niemanden als dem wirklichen Bürger zukommen, und wenn ein Fremder das Gut oder Haus kauft und das Bürgerrecht erwirbt, so muß er den im §. 34 und 35 des Gesetzes vorgeschriebenen dreifachen Betrag bezahlen, da diese Gesetzesstellen keinen Unterschied machen, nach welchem Prinzipe der Bürgergenuß vertheilt sei.

Hat sich aber die Gemeinde ihres Verfügungsrechtes entäußert und besitzen die Inhaber bestimmter Häuser oder Güter die Genußtheile unwiderruflich, so daß ihnen vermöge ihres Besitzes des herrschenden Guts ein Dienstbarkeitsrecht auf das Almendgut, folglich ein Privatrecht, zusteht, so kann der Gutsbesitzer als solcher den Genuß fordern und er hat nicht nöthig, sich in das Bürgerrecht und den hievon abhängenden Nutzen einzukaufen, sofern nicht der Titel der Verleihung, worauf das Dienstbarkeitsrecht beruht, in dieser Beziehung eine besondere Beschränkung desselben zu Gunsten der Gemeinde enthält. D. R.

*) Allerdings. Das Gesetz bewilligt allen Gemeinden ein Einkaufsgeld und zwar nach einem allgemeinen Maßstab, ohne Unterschied, ob sie bisher viel, wenig oder gar nichts bezogen haben.

Nur da, wo in einer aus mehreren Orten von eigenen Gemarkungen zusammengesetzten Gemeinde der Angehörige eines Orts in den andern Ort hinüberzieht, ist dieser Ueberzug nach dem §. 62 des Bürgerannahmsgesetzes frei, sofern er es seither war; im andern Falle wird nach §. 63 zwar kein Einkaufsgeld, wohl aber der dreifache Jahresbetrag des Bürgergenusses bezahlt.

Handelt es sich aber nicht um den Ueberzug aus einem Orte in den zur nämlichen Gemeinde gehörigen andern Ort, sondern um die Einwanderung aus einer andern Gemeinde, so ist in allen Fällen nach §. 65 das Einkaufsgeld sammt den Nutzungsbeträgen zu bezahlen, und zwar in die Kasse desjenigen Orts, in welchen die Ansiedlung geschieht. D. R.

**) Die Gesammtgemeinde, denn die Verordnung vom 28. Mai 1810 Regbl. S. 169 §. 1 und der §. 1 Nr. 8 des Bürgerannahmsgesetzes erklären die Unterhaltung der Armen als eine Verbindlichkeit der Gemeinden und nicht einzelner Orte.

Auch steht damit im Einklange, daß nach dem §. 81 des Bürgerannahmsgesetzes der Gemeinderath und nicht der nach dem §. 147 der Gemeindeordnung bestehende Ortsverwaltungsrath die Bürger aufzunehmen hat. Eine Anomalie ist es aber, daß nach dem §. 65 des Bürgerannahmsgesetzes das Einkaufsgeld in die Ortskasse zu zahlen ist, während doch der Gemeinderath und nicht der Ortsverwaltungsrath die bürgerliche Aufnahme ertheilt, und die Gemeinde-, nicht aber die Ortskasse die dürftigen Bürger zu unterhalten hat. D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 29. März 1834.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Ueber das Verfahren bei dem Beschlag auf ausstehende Forderungen.

Rosenfelder gegen Volk.

Der Kläger hatte an einen gewissen Michael Volk aus einem rechtskräftigen Urtheile die Summe von 44 fl. nebst 17 fl. 25 kr. Prozeßkosten zu fordern; weil aber der Schuldner keine zugriffbare Fahrniß besitze, auf welche die Pfändung mit Erfolg verfügt werden könnte, so bezeichnete der Gläubiger eine angeblich bei des Schuldners Bruder Jacob Volk ausstehende Gleichstellungsgelderforderung von 400 fl. als Befriedigungsmittel und bat, diesem aufzugeben:

„daß er binnen vierzehn Tagen den Kläger aus den seinem Bruder Michael Volk schuldigen 400 fl. für seine liquide Forderung an Capital und Kosten befriedige und bei Strafe doppelter Zahlung die Beträge nd 44 fl. und 17 fl. 25 kr. an seinen Bruder Michael Volk nicht ausliefere."

Dieses Arrestgesuch ward durch einen Anwalt eingereicht, dessen gewöhnliche Vollmacht den Michael Volk als Beklagten bezeichnete und von einem Beschlag überall nichts erwähnte.

Hierauf erfolgte unterm 7. März 1833 die amtliche Verfügung:

„Unter Zustellung des Duplicats dieses Vortrags wird dem J. Volk aufgegeben, den Kläger binnen vierzehn Tagen aus den seinem Bruder M. Volk schuldigen 400 fl. für dessen liquide Forderung an Capital und Kosten zu befriedigen und die Beträge von 44 fl. und 17 fl. 25 kr. an den Bruder M. Volk nicht auszuliefern, oder aber die etwa habenden Einreden in gleicher Frist vorzutragen."

Daß diese Verfügung, wovon dem Schuldner selbst keine Nachricht zugegangen ist, dem J. Volk insinuirt worden, darüber findet sich keine Bescheinigung bei den Acten.

Dennoch verfügte das Amt auf Anrufen des gegentheiligen Anwalts vom 15. April ohne weiteres Ausschluß und Liquiderkenntniß mit Frist von vierzehn Tagen. Auch hier fehlt es wieder an allem Nachweis, daß dieses Erkenntniß dem nunmehrigen Beklagten J. Volk publicirt oder zugestellt worden. Da er noch immer nichts von sich hören ließ, so ward auf Anrufen seines Gegners am 8. Juli v. J. ein Pfändungsbefehl mit zehn Tagen Frist erlassen, worüber abermals keine Insinuationsurkunde vorliegt. Endlich erschien J. Volk am 18. Juli bei Amt und trug vor: Gleich nach der Zustellung des amtlichen Decrets vom 7. März habe er die Erklärung abgegeben, daß er seinem Bruder nichts schulde. Man habe ihm gesagt, daß diese Erklärung dem Kläger zugestellt werden soll, was aber nicht geschehen seyn müsse, weil unterm 18. d. M. ein Pfändungsdecret erlassen worden sei, um dessen Sistirung er daher bitten wolle.

Das Amt sistirte sofort die Pfändung und lud beide Theile, ohne Androhung eines Rechtsnachtheils für den Richterscheinungsfall, auf den 9. August vor. Weil der Beklagte aber nicht erschien, so bat der Anwalt des Klägers, dem Zugriffsverfahren seinen Lauf zu lassen. Nachdem nun noch der Gerichtsbote zu Protocoll erklärt hatte, daß er den Beklagten vorgeladen hatte, wurde der Exequent angewiesen, die ihm unterm 8. Juli aufgetragene Pfändung binnen acht Tagen zu vollziehen.

Gegen diesen Beschluß zeigte Beklagter, unter Assistenz eines Anwalts, am 22. August bei Amt die Nichtigkeitsklage *) an, worauf jedoch keine Rücksicht genommen, vielmehr auf gegentheiliges Anrufen der Exequent unterm

*) So unordentlich das Verfahren des Amts von Anfang bis an das Ende war, so ungeeignet war auch diese Anzeige einer Nichtigkeitsklage, von welcher die neue Prozeßordnung in Beziehung auf das richterliche Verfahren oder Erkenntniß gar nichts mehr weiß, indem es nach dem 45. bis 49. Titel der Prozeßordnung keine andern Rechtsmittel mehr giebt als die Appellation, die Oberappellation, die Beschwerdeführung und die Wiederherstellungsklage, und die Nichtigkeiten wie die andern Beschwerdegründe nur in einem dieser vier Wege geltend gemacht werden können.

D. R.

14. Septbr. und 19. Octbr. v. J. an den Vollzug seines Austrags unter Strafandrohung erinnert worden ist.

Allein am 21. Octbr. erschien J. Volk, um die angezeigte Nichtigkeitsklage zu begründen, indem er zuvörderst die bisherige Verzögerung mit dem Vorgeben, daß mittlerweile die Acten verschoben gewesen seien, zu entschuldigen suchte und dann zur Sache selbst anführte, daß er weder dem Kläger noch seinem Bruder M. Volk etwas schuldig und daß nur gegen den Letztern ein Urtheil ergangen sei, welches ihn als Dritten nicht berühre; er bitte daher, den Kläger an den wahren Schuldner zu verweisen und den erlassenen Pfändungsbefehl zurückzunehmen.

Das Amt faßte jedoch den Beschluß:

„Diese Klage findet hier nicht Statt, und behält es bei dem angeordneten Zwangsverfahren sein Bewenden."

Statt der Entscheidungsgründe ist auf die §§. 357, 1175 Nr. 3 und 1181 Nr. 2 der Prozeßordnung hingewiesen, woraus hervorgeht, daß der Unterrichter sich für unzuständig hielt, weil Nichtigkeiten jetzt nur noch im Wege der Appellation an das Obergericht geltend gemacht werden können.

Dabei wurde jedoch übersehen, daß die Appellationssumme vorhanden und also der §. 1181 Nr. 2 hier nicht anwendbar, so wie, daß es im abgekürzten Verfahren, welches der Arrestprozeß und jeder Streitgegenstand unter 100 fl. mit sich bringt, nach §. 1226 der Prozeßord. den Parteien gestattet ist, die Appellationsverhandlungen bei dem Untergerichte zu pflegen. Es wäre daher wohl besser daran geschehen, wenn das Amt vorerst den Kläger mit seiner Vernehmlassung gehört und dann die Acten zur Entscheidung an das Hofgericht eingesendet hätte, statt selbst zu erkennen *). Als dem Beklagten das vorerwähnte Erkenntniß mit einer gedruckten Belehrung über die Förmlichkeiten der abgekürzten Appellation am 4. Novbr. zugestellt worden war, zeigte er sogleich die Berufung an und bat um einstweilige Sistirung der Execution, welche nun auch verfügt ward. Die Beschwerdeschrift selbst wurde auf den Grund des §. 1226 der Prozeßordnung am 2. Decbr. bei Amt übergeben, und darin zur Beschwerde gemacht: daß Appellant zur Zahlung der Schuld eines Dritten verurtheilt worden sei. Er focht das ganze amtliche Verfahren an und stellte die Bitte: den Kläger, welchem er nichts schuldig sei, mit seiner Forderung schlechthin abzuweisen oder doch ihn, entweder unter Aufhebung der amtlichen Beschlüsse, oder nach vorgängiger Wiederherstellung gegen dieselben, zum Vortrag seiner Einreden noch zuzulassen.

*) Dieser Bemerkung möchte ich nicht beipflichten, denn der Beklagte hat ja keine Appellation ausgeführt und überhaupt kein Erkenntniß vom Hofgericht, sondern die Abweisung des Klägers vom Unterrichter verlangt, abgesehen davon, daß hier von der im §. 1226 erwähnten Uebereinkunft beider Parteien auf schriftliches Verfahren keine Rede war. D. R.

Nach Einkunft der appellatischen Vernehmlassung, deren Inhalt hier übergangen werden kann, legte das Amt die gepflogenen Verhandlungen dem Hofgerichte vor, welches am 14. Januar l. J. abändernd erkannte:

„daß das ganze amtliche Verfahren von der Verfügung vom 7. März v. J. an als ungesetzlich aufzuheben und das Arrestgesuch unter Verfällung des Klägers in die Kosten beider Instanzen als unbegründet zu verwerfen sei."

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß vorliegendes Arrestgesuch *) nach den §§. 674 Nr. 3, 686 Nr. 2 und 3, 687 und 692 der Prozeßordnung als verwerflich erscheint,

1) weil es weder die Angabe und Bescheinigung des Daseyns eines gesetzlichen Grundes zur Anlegung des Arrestes, noch das Erbieten des Arrestklägers zur Sicherheitsleistung für Kosten- und Schadensersatz enthält,

2) weil es eben so wenig die wirkliche Existenz des angeblichen Ausstandes bei Jacob Volk bescheinigt und

3) weil dem durch einen Bevollmächtigten des Arrestklägers vorgebrachten Arrestgesuch weder eine darauf lautende Specialvollmacht beigeschlossen, noch von dem Anwalte vorläufige Sicherheit, daß er solche nachbringen werde, durch die Erklärung eigener Haftung geleistet worden ist;

In Erwägung, daß nach den §§. 267—269, 277, 385, 653, 657 und 58, 685 Nr. 3, 690 und 1016 Nr. 1 und 2 der Prozeßordnung die Vorschriften des Verfahrens überall verletzt sind und zwar

1) hinsichtlich der amtlichen Verfügung vom 7. März v. J.,

a. weil dem angeblichen Schuldner des Beklagten, da der Richter nur gesetzlich bestimmte Rechtsnachtheile anzudrohen befugt ist, noch nicht aufgegeben werden durfte, den Kläger zu befriedigen, sondern einstweilen bloß: bis zu erfolgender weiterer gerichtlicher Verfügung

*) Von einem Arrestgesuche, wovon die §§. 675—701 sprechen, handelt es sich hier nicht. Es ist in diesen Paragraphen, wie schon der §. 675 sagt, nur vom Arrest als Sicherungsmittel die Rede. Hier handelt es sich aber um einen Arrest als Vollstreckungsmittel, da der Kläger, über dessen Forderung schon rechtskräftig entschieden ist, keine fürsorgliche Sicherungsmaßregel, sondern Befriedigung aus den Gleichstellungsgeldern seines Schuldners als aus dem Zugriffsobject verlangte.

Hier sind also lediglich die im Vollstreckungsverfahren vorkommenden §§. 1016—1026, und nicht die §§. 675—701 maßgebend, und es ist zu dem in Frage stehenden Vollstreckungsgesuche weder die Bescheinigung eines Arrestgrundes, noch eine solche über die wirkliche Existenz des Ausstands bei J. Volk, noch eine Specialvollmacht nöthig. D. R.

bei Vermeidung doppelter Zahlung den Betrag der klägerischen Forderung nicht heimzuzahlen,

b. weil ferner der vermeintliche Schuldner des Beklagten, da dieß der Kläger nicht begehrt hatte, weder zu irgend einer Erklärung, noch zum Vortrag von Einreden *) aufgefordert, also auch damit nicht ausgeschlossen werden konnte,

2) hinsichtlich des Ausschluß- und Liquiderkenntnisses vom 15. April v. J.,

a. weil in dem Decret vom 7. März v. J. für den Fall, daß der jetzige Appellant keine Einreden vorbrächte, nirgends ein Rechtsnachtheil angedroht,

b. weil die Zustellung dieser Verfügung zu den Acten nicht bescheinigt und

c. weil dem Schuldner selbst von dem Arrestbefehl weder Nachricht gegeben, noch die im §. 1016 Nr. 3 bestimmte Frist von vier Wochen zur Befriedigung des Klägers gestattet worden war,

3) hinsichtlich des Pfändungsdecretes vom 8. Juli v. J.,

a) weil dem Versäumungserkenntniß vom 15. April kein Entscheidungsgrund beigefügt **),

b) weil die Zustellung desselben an den jetzigen Appellanten zu den Acten nicht beurkundet, und daher

c. der Pfändungsbefehl auf klägerisches Anrufen zu voreilig erlassen worden ist, da jedenfalls dem Beklagten von der Insinuation des Versäumungserkenntnisses an die vierzehntägige Wiederherstellungsfrist offen gelassen werden mußte,

4) hinsichtlich der Verfügung vom 18. Juli v. J.,

a. weil auf den Vortrag des dermaligen Appellanten: er habe gleich nach der Zustellung des Arrestbefehls vom 7. März bei Amt erklärt, daß er seinem Bruder nichts schulde, die Pfändung sistirt, sohin dieses Vorbringen für wahr angenommen und daher

b. kein Grund vorhanden gewesen ist, den Appellanten zur weiteren Verhandlung vorzuladen *),

5) hinsichtlich der Verfügung vom 9. August v. J.,

a. weil dem Appellanten für den Nichterscheinungsfall kein Rechtsnachtheil angedroht und

b. von dem Gegentheil nicht nachgewiesen worden war, daß sein Schuldner noch etwas an dessen Bruder zu fordern habe; weßhalb

c. mit der Pfändung gegen den Letzteren nicht vorgefahren werden konnte,

6) hinsichtlich der weiteren Zwangsbefehle vom 14. Sept. und 19. Octbr. v. J.,

a. weil die Anzeige vom 22. August, da der Tag der Zustellung des Beschlusses vom 9. ejusd. nirgends zu den Acten bescheinigt, noch immer zeitig genug eingekommen und

b. solche bei dem Vorhandenseyn der Appellationssumme nach den §§. 959 Nr. 3 und 1180 der Prozeßordnung an und für sich schon geeignet war, den Vollzug der Pfändung aufzuschieben;

In Erwägung, daß gegen den amtlichen Beschluß vom 21. Octbr. v. J. die Berufung gleich bei der Publication angemeldet und noch vor Erlassung eines Deserterkenntnisses gerechtfertigt, auch die Beschwerde auf das ganze Verfahren der ersten Instanz ausgedehnt und eine Wiederherstellung noch immer zuläßig ist, weil die amtlichen Beschlüsse weder auf gesetzliche Weise erlassen, noch verkündet worden sind;

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Bayer.

II.

Besitzprozeß.

Noch immer bestehen Zweifel darüber, ob nach der neuen Prozeßordnung bei beweglichen Sachen eine Besitzklage statthaft sei, und diese geben sich nicht selten in Prozeßschriften unter Bezug auf §. 744 der neuen Prozeßordnung an Tag.

---

*) Zum Vortrag von Einreden wurde J. Volk im Decret vom 7. März 1833 aufgefordert, denn es heißt dort, er habe entweder den Kläger binnen vierzehn Tagen zu befriedigen, oder aber „die etwa habenden Einreden in gleicher Frist vorzutragen.“ Ein Präjudiz durfte aber in dieser Beziehung nach §. 1016 Nr. 2 nicht angedroht, also auch nicht ausgesprochen werden.

Ein solches Verfahren gegen den J. Volk steht dem Kläger erst zu, wenn vorher die Zuweisung der Gleichstellungsgelderforderung an ihn nach §. 1016 Nr. 4 erfolgt und er dadurch ermächtigt ist, die ihm zugewiesenen Rechte seines Schuldners gegen J. Volk geltend zu machen. D. R.

**) Dieß möchte wohl nicht entscheidend seyn. Ein Erkenntniß wird, wenn auch keine Entscheidungsgründe bei seiner Verkündung bekannt gemacht wurden, mit Ablauf der Nothfristen dennoch rechtskräftig. Die §§. 388, 1172, 1180 beschränken die Zuläßigkeit der Appellation und beziehungsweise das Eintreten der Rechtskraft nicht auf solche Urtheile, mit welchen zugleich Entscheidungsgründe verkündet wurden. D. R.

*) Darin, daß die Pfändung sistirt wurde, liegt noch nicht die Erklärung, daß J. Volk seinem Bruder wirklich nichts schulde, sondern eher nur, daß das Daseyn einer solchen Schuld noch ungewiß sei, daher war die Vorladung der Parteien zur weitern Verhandlung nach dem Verfahren, wie es nun einmal eingeleitet war, allerdings consequent.

J. Volk hätte übrigens, wenn ihm das Versäumungserkenntniß vom 15. April wenigstens noch in der Tagfahrt vom 18. Juli eröffnet worden wäre, nicht nur um Sistirung der am 8. Juli angeordneten Pfändung, sondern zugleich um Wiederherstellung gegen das Erkenntniß vom 15. April bitten und nach §. 659 gleichzeitig seine Einreden vortragen müssen, wenn dadurch nach §. 389 die Rechtskraft jenes Erkenntnisses hätte gehindert werden sollen. D. R.

Es wird daher nicht uninteressant seyn, hierüber die Ansicht des obersten Gerichtshofs kennen zu lernen, welche in den nachfolgenden Entscheidungsgründen zu dem erst kürzlich ergangenen oberhofgerichtlichen Urtheil, in Sachen der evangelischen Pfarrei Weingarten gegen die Gemeinde Weingarten, Schutz im Besitz von Holzbezügen betreffend, ausgesprochen wurde.

1) Die Gemeinde Weingarten hat in den Verhandlungen zugestanden, daß der evangelische Pfarrer früher sechs Klafter Holz von ihr bezogen habe, gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts aber dem damaligen Pfarrer noch weitere sechs Klafter zugestanden worden seien, während welcher Zeit demnach der evangelische Pfarrer jährlich zwölf Klafter bezogen habe.

2) Die Gemeinde Weingarten hat aber unterm 6. Octbr. 1832 bei dem Oberamte Durlach einen Rechtsstreit anhängig gemacht, worin sie behauptet, jenes Holz, welches die Pfarrei beziehe, sei kein Besoldungsholz, sondern eine bloße doppelte Bürgergabe, deren Minderung sich die Pfarrei, wie jeder andere Bürger gefallen lassen müsse, wenn der Zustand der Gemeindswaldungen eine solche erfordere.

3) Sie hat demnach gebeten, zu erkennen, daß die Holzbezüge des Pfarrers aus den Waldungen der Gemeinde kein Besoldungsstrum, sondern bloße Bürgergaben seien, und daß die Gemeinde befugt sei, die seit der Verwaltung des Pfarrers Bock weiters abgegebenen sechs Klafter Brennholz zurück zu behalten.

4) Schon im Allgemeinen steht einem Jeden, der sich im Besitze eines Rechtes befindet, aus welchem er verdrängt werden soll, das Recht zu, eine Klage auf Erhaltung seines gestörten Besitzes anzustellen.

5) Diesem Satze steht die unter Bezug auf §. 744 der Prozeßordnung erhobene Einrede nicht entgegen, daß von einer beweglichen Sache die Rede sei, hinsichtlich welcher die Besitzesklage nicht statthaft sei, denn dieser Paragraph erklärt bloß die Klagen auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes für unzulässig, die Pfarrei hat aber wegen Störung in ihrem Besitze geklagt, und es kann auch mit Grund nicht behauptet werden, daß die Pfarrei durch die bloße Erklärung des Gemeinderaths, ihr nur sechs Klafter Holz verabreichen zu wollen, aus ihrem Besitze gesetzt worden sei, indem ja gerade zur Abwendung einer solchen Folge die gegenwärtige Besitzesklage angestellt worden ist.

6) Eben so wenig kann der §. 747 der Prozeßordnung der Besitzesklage der Pfarrei entgegen gehalten werden, welcher sich auf Dienstbarkeiten bezieht, die nur durch einen Rechtstitel erworben werden können, indem in der Oberappellationsrechtfertigungsschrift ausdrücklich gesagt wird, die fragliche Holzberechtigung sei nicht auf gewisse Waldungen radizirt; dieselbe konnte also nur als eine persönliche Verbindlichkeit angesehen werden, bei welcher allerdings, wenn von fortwährenden Leistungen die Rede ist, eine Klage auf Erhaltung im Besitze Statt findet.

7) Die klagende Gemeinde hat den Weg der gerichtlichen Klage gewählt, um die fernere Abgabe von zwölf Klaftern Holz an die evangelische Pfarrei theilweise von sich abzuwenden, der Prozeß darüber ist anhängig; es ist aber eine bekannte Rechtsregel, daß während der Rechtshängigkeit eines Prozesses von keinem Theile an dem Zustande der strittigen Sache eine Veränderung vorgenommen werden darf, da sich nun die Pfarrei bei dem Anfange der von der Gemeinde erhobenen petitorischen Klage in dem Besitze des Bezugs von zwölf Klaftern Holz befand, so darf sie hierin auch während des Laufes des Prozesses von der Gemeinde nicht gestört werden. R. R.

Anmerkung der Redaction. Wenn selbst bei Dienstbarkeiten, sofern zu ihrer Ausübung jeweils die Beiwirkung eines Menschen gehört, oder sofern ihr Daseyn nicht durch ein äußeres Merkmal in das Auge fällt (L. R. S. 688 Abs. 3 und S. 689 Abs. 3, vergl. mit S. 691 und mit dem §. 747 der Prozeßordnung), eine Besitzklage ohne Nachweisung des Rechtstitels der Erwerbung nicht Statt findet, so kann dieß wohl noch weit weniger bei bloß persönlichen Verbindlichkeiten der Fall seyn.

Von einer Besitzklage auf Erhaltung des Besitzes einer beweglichen Sache, welche der §. 744 der Prozeßordnung noch zuläßt, ist hier keine Rede. Eine solche Besitzklage ist nichts anderes, als das römische interdictum utrubi, findet aber auf unkörperliche Sachen keine Anwendung (Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 173). Nur das für unbewegliche Sachen geltende interdictum uti posidetis ist entweder ein directum oder ein utile, je nachdem die unbewegliche Sache als der Gegenstand des Besitzes eine körperliche oder eine unkörperliche, nämlich eine Berechtigung an einer Liegenschaft, ist. Nur bei solchen dinglichen Rechten an der Sache eines Andern, nicht aber auch bei bloßen Obligationen findet ein Quasibesitz, der eine Besitzklage zuläßig machen kann, Statt.

Thibaut, Pandectensystem §. 308. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, erstes Buch §. 181.

War also das Holzbezugsrecht der Pfarrei W. im vorliegenden Falle auf einen bestimmten Wald radizirt, war dasselbe nämlich als eine auf dem Gemeindewald ruhende Dienstbarkeit geltend gemacht, so schlägt der §. 747 der Prozeßordnung ein, und eine Besitzklage findet nur Statt, wenn zugleich der Rechtstitel der Erwerbung beigebracht wird.

Ist aber von einer solchen Dienstbarkeit nicht die Rede, sondern beruht der Anspruch nur auf einer persönlichen

Verpflichtung der Gemeinde, so findet eine Besitzklage überhaupt eben so wenig Statt, als z. B. Derjenige, der an den Andern ein Capital fordert und lange Zeit die Zinse wirklich bezog, auf diesen vermeintlichen Besitzstand hin die einstweilige Fortentrichtung des Zinses von dem nun erst strittig gemachten Capitale in possessorio verlangen könnte.

Auch mit dem im L. R. S. 543 a. aufgestellten Begriffe vom Besitze ließe sich die Annahme eines solchen bei bloß persönlichen Verbindlichkeiten nicht vereinbaren, da nach dieser gesetzlichen Bestimmung der Besitz die bloße Inhabung in sich begreift und diese eine physische Verfügungsgewalt, d. h. die natürliche Möglichkeit einer Verfügung über den Gegenstand der Inhabung voraussetzt oder erfordert. Diese Bestimmung des S. 543 a., nach welcher somit nur von einer körperlichen Sache ein Besitz gedacht werden kann, muß nun doch die Regel bilden, und wenn daher das Gesetz in besondern Bestimmungen auch noch von Dienstbarkeiten als von einer Art unkörperlicher Sachen einen Besitz anerkennt, so muß dieß als Ausnahme gelten, und kann auf andere unkörperliche Sachen nicht ausgedehnt werden.

Ueberdieß ist nicht außer Acht zu lassen, daß der §. 747 der Prozeßordnung die im L. R. S. 691 erwähnten unständigen und verborgenen Dienstbarkeiten (wenn kein Rechtstitel dafür vorliegt) von der Besitzklage nur darum ausschließt, weil sie nach S. 691 nie durch Verjährung, sondern nur durch eine Verwilligung erworben werden können, und es doch ungeeignet wäre, wegen eines Besitzes, der nicht einmal zu einer Verjährung geeignet ist, eine Besitzklage zuzulassen. Ein Besitz, der nie eine Verjährung begründen kann, ist im gesetzlichen Sinne nur ein Zustand freier Willkühr, und kann eben darum auch nicht einmal provisorisch (nämlich in possessorio) die Vermuthung eines Rechtsverhältnisses für sich haben, und also keine Besitzklage begründen. Eine Folge dieses im §. 747 der Prozeßordnung liegenden Grundsatzes muß es nun aber auch seyn, daß bei bloßen persönlichen Forderungen, die durch Verjährung nie erworben werden können, auch keine Besitzklage Statt finde.

D. R.

III.

Oberhofgericht.

Wer hat über das Ablehnungsgesuch, wodurch ein ganzer Senat eines mittleren Gerichtshofs verbeten wird, zu entscheiden?

Kirchenfiscus gegen Martins Erben.

Im Jahr 1829 hatte der katholische Kirchenvorstand zu Oberschefflenz mit Genehmigung des Großh. Neckarkreisdirectoriums gegen Johann Martins Erben eine Fruchtgült eingeklagt. Die Klage wurde jedoch von dem Amte Mosbach abgewiesen und der amtliche Bescheid auf die von dem Kirchenvorstand mit Kreisdirectorialermächtigung eingewandte Berufung von dem Hofgerichte, zweitem Senat, bestätigt. So beruhete diese Sache bis zum Juni 1833, wo der katholische Kirchenfiscus Namens des gedachten Heiligenfonds eine neue Klage bei dem Amte Mosbach anstellte, die als eine petitorische bezeichnet wurde. Um der Einrede der entschiedenen Sache im Voraus zu begegnen, setzte der Fiscus auseinander:

1) daß die frühere Klage eine possessorische gewesen und

2) daß es außer der Befugniß des Kirchenvorstands gelegen sei, ohne Ermächtigung der katholischen Kirchensection jenen Rechtsstreit zu führen, in Ansehung dessen sich das Kreisdirectorium, als incompetent, aller Einmischung hätte enthalten sollen.

Das Untergericht erkannte aber:

„die Klage findet nicht Statt.“

Dagegen appellirte der Fiscus an das Hofgericht des Unterrheins und perhorrescirte den zweiten Senat, beziehungsweise diejenigen Mitglieder desselben, welche bei der früheren Entscheidung mitgewirkt, wegen Befangenheit, indem unter Berufung auf die §§. 59, 60, 66 und 72 der Prozeßordnung gebeten ward, in Pleno zu entscheiden: daß diese Sache dem ersten Senate zu übertragen oder daß wenigstens die Verhandlung und Aburtheilung mit Ausschluß der früheren Votanten im zweiten Senate vorzunehmen sei.

Der zweite Senat des Hofgerichts erließ hierauf an den Fiscalanwalt folgende Verfügung:

„Da in dem vorliegenden Falle sämmtliche Mitglieder des zweiten Senates, welche zu den früheren Verhandlungen mitgewirkt haben, abgelehnt sind, nach der bestehenden organisationsmäßigen Einrichtung aber in Civilsachen die Senate als Gerichtshöfe für den ihnen zugetheilten Gerichtsbezirk angesehn werden müssen, so ist hier nach §. 72 Nr. 2 der Prozeßordnung das Oberhofgericht die Behörde, welche über das angebrachte Recusationsgesuch zu entscheiden hat. Es wird somit, unter einstweiliger Aussetzung der weiteren Verfügung auf die dahier eingereichte Appellationsrechtfertigungsschrift, dem Exhibenten überlassen, das Recusationsgesuch bei dem obersten Gerichtshofe anzubringen.“

Auf das von dem Fiscalanwalt bei dem Großh. Oberhofgericht eingereichte Ablehnungsgesuch ergieng unterm 24. Februar d. J.

In Erwägung,

daß vom Großh. Kirchenfiscus nur der zweite Senat des

unterrheinischen Hofgerichts, also nur eine Anzahl der Mitglieder dieses Gerichtshofes und zwar nicht die Mehrheit derselben verbeten wurde;

In Erwägung,

daß §. 72 der Prozeßordnung verordnet:

„Werden ein oder mehrere Mitglieder eines mittleren Gerichtshofs verbeten, so entscheidet der Gerichtshof, in so fern nicht die Mehrzahl verbeten wird. Im letzten Fall und wenn der Gerichtshof oder dessen Vorsteher verbeten wird, entscheidet das Oberhofgericht;"

In Erwägung,

daß nach der organischen Einrichtung der Gerichtsverfassung des Großherzogthums unter mittlerem Gerichtshof nicht eine durch Zweckmäßigkeit der Geschäftsbehandlung gebotene Abtheilung eines Hofgerichts, sondern stets derjenige gesammte Gerichtshof zu verstehen ist, welcher zwischen erster und dritter Instanz (Amt und Oberhofgericht) in der Mitte steht;

In Erwägung,

daß §. 73 der Prozeßordnung zwar auf das Bestehen solcher Abtheilungen hindeutet, aber so wenig als irgend eine andere gesetzliche Bestimmung die Annahme des unterrheinischen Hofgerichts rechtfertiget, daß ein Senat den Gerichtshof bildet;

In Erwägung,

daß auch vom Großh. Kirchenfiscus die Bitte nur dahin gerichtet wird:

„Es möchten diejenigen Mitglieder des Senates, welche bei der früheren Verhandlung mitgewirkt haben, von der neueren Berathung ausgeschlossen werden,"

bei dem unterrheinischen Hofgerichte aber nach inzwischen eingetretenen Personalveränderungen und der Errichtung eines dritten Senates jedenfalls eine Mehrzahl von Gerichtsgliedern vorhanden ist, die ein unbetheiligtes Plenum zu der im §. 72 und 73 der Prozeßordnung vorgeschriebenen Entscheidung über das Ablehnungsgesuch bilden kann, mithin der in fine Nr. 2 des §. 72 der Prozeßordnung gedachte Fall, in dem das Oberhofgericht zu erkennen hat, hier nicht vorliegt —

der

Beschluß:

„Wird das unterm 22. Octbr. v. J. dahier angebrachte Ablehnungsgesuch, aus Mangel diesseitiger Competenz, ab und an das Großh. Hofgericht des Unterrheins gewiesen 2c. 2c."

Anmerkung. Zuvörderst ist bemerkenswerth, daß der oberste Gerichtshof in den vorangestellten Entscheidungsgründen den (Zeug der Annalen erster Jahrg. Nr. 29 S. 179) früher ausgesprochenen Satz: daß in bürgerlichen Rechtssachen nach der Verordnung vom 21. April 1832, Regbl. Nr. XXII. keine Plenarsitzungen mehr bestünden, sondern der volle Rath eben nur aus den sieben Stimmführern jedes Senats bestehe, nunmehr wieder zurückgenommen und hier in contrarium entschieden hat.

Es entstanden indeß bei dem unterrheinischen Hofgericht über den, wie es scheint, nicht mit gehöriger Präcission gewählten Ausdruck: „unbetheiligtes Plenum" verschiedene Zweifel. Man stritt namentlich darüber: ob unter jenem Ausdruck nicht vielmehr die unbetheiligte Majorität zu verstehen und ob diese mit dem im vollen Rathe versammelten Gerichtshofe gleich zu achten, sohin der perhorrescirt werden wollende zweite Senat von der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch auszuschließen, oder aber solcher zur Bildung des Plenums, wobei doch immer die Mehrzahl als unbetheiligt erscheine, beizuziehen sei?

Für die eine Meinung berief man sich darauf,

1) daß bei der, freilich im neuen Verfahren nicht mehr gedenkbaren, restitutio ex culpa referentis der gewissermaßen doch auch befangene frühere Referent über das Restitutionsgesuch mitzustimmen gehabt habe, und

2) daß die Prozeßordnung — während sie den mittlern Gerichtshof, in so fern nicht die Mehrzahl seiner Mitglieder verbeten werde, zur Entscheidung über die Ablehnungsgründe berufe — ausdrücklich verordne: daß diese Entscheidung jedesmal von dem im vollen Rathe versammelten Gerichtshof, also von der Gesammtheit seiner Mitglieder, gegeben werden soll. Daraus wollte gefolgert werden, daß selbst die verbetenen Gerichtsmitglieder von der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nicht ausgeschlossen werden dürften.

Die andere Meinung hingegen fand nichts natürlicher, als daß derjenige Richter, welchem Befangenheit imputirt werde, darüber nicht urtheilen könne, ob er befangen sei oder nicht? Sie glaubte dieß — sollte es auch im Gesetz nicht deutlich genug ausgesprochen seyn — doch aus dem Geiste desselben entnehmen zu müssen. Zudem scheine das Großh. Oberhofgericht, indem dasselbe von einem unbetheiligten Plenum spreche, das Gesetz eben so auszulegen.

Da die letztere Meinung eine überwiegende Stimmenmehrheit für sich hatte, so wurde in pleno beschlossen, das Ablehnungsgesuch der nicht verbetenen Mehrzahl der Gerichtsmitglieder — mit Ausschluß des vormaligen zweiten Senats — zur Entscheidung anheim zu geben.

Wie diese ausfallen wird, ist leicht vorauszusehen.

Nach §. 59 der Prozeßordnung darf ein Richter wegen besorgter Befangenheit abgelehnt werden, wenn er in einem solchen Verhältnisse von Betheiligung zu einer der Parteien steht, daß der andern Partei ungeschwächtes Vertrauen auf die Unbefangenheit des Richters nicht zugemuthet

werden kann. Der Fall solcher zur Ablehnung hinreichender Betheiligung ist nach §. 60 ibid. unter andern namentlich vorhanden, wenn der Richter in einer frühern Instanz bereits als Richter gesprochen hat. In der Unterstellung dieses Falles will der Großh. Kirchenfiscus den zweiten Senat des Hofgerichts, beziehungsweise diejenigen sechs Mitglieder desselben, welche in Sachen des katholischen Stiftungsvorstandes zu Oberschefflenz gegen Johann Martins Erben zu dem unterm 4. Febr. 1832 ergangenen Urtheile mitgewirkt haben, wegen Betheiligung bei der gegenwärtigen Appellation perhorresciren. Allein der frühere Rechtsstreit ist rechtskräftig erledigt. Die damalige Berufung kann im Verhältniß zu der jetzigen schon an und fur sich und insbesondere darum nicht als eine frühere Instanz betrachtet werden, weil die erste Klage von dem Kirchenvorstand ausgegangen und dieselbe, wenigstens nach der Behauptung des nunmehrigen Appellanten, eine bloß possessorische gewesen, also von der zweiten, die der Fiscus erhebt und eine petitorische nennt, sowohl in Ansehung der Person des Klägers, als der Natur der Klage ganz verschieden ist und so auch umgekehrt.

Nur wenn der judex à quo mittlerweile ins Hofgericht versetzt und demjenigen Senat, in dessen Ressort die rubricirte Sache einschlägt, zugetheilt worden wäre, würde gegen diesen eine Verbittung am Platze seyn.

Jedenfalls besteht zur Ablehnung sämmtlicher, wiewohl nicht namentlich bezeichneter, Mitglieder des zweiten Senats kein Grund, da zwei derselben bei der Deliberation vom 4. Febr. 1832 ein reformatorisches Urtheil zu Gunsten des Kirchenfonds beantragt, sohin dem Fiscus keinen Anlaß zur Befürchtung einer Befangenheit in der jetzt vorliegenden Sache gegeben haben.

Endlich hat die Verbittung des zweiten Senats in seinem früheren Bestande dermalen keinen Zweck mehr, weil bei der seit dem 20. Januar l. J. in Wirksamkeit getretenen Abtheilung des Hofgerichts in drei Senate die Verhandlung und Entscheidung der vorwürfigen Sache in den dritten Senat gehört, welcher zum Theil wenigstens aus anderen als den im Perhorrescenzgesuch gemeinten Mitgliedern zusammengesetzt ist.

Bayer.

IV.

Hofgericht am Unterrhein.

Die lebenslängliche Anstellung eines städtischen Rathsschreibers betreffend.

Gemeinde Sinsheim gegen Rathsschreiber Besch.

Durch einen mit Vorwissen des ehemaligen Neckarkreisdirectoriums amtlich genehmigten Vertrag vom 30. Januar 1823 wurde der damalige Amtsactuar Besch gegen einen bestimmten Gehalt als Rathsschreiber der Stadt Sinsheim lebenslänglich angestellt. Er versah den Dienst bis zur Einführung der neuen Gemeindeordnung. Als nun in Folge des §. 19 derselben der Gehalt des Rathsschreibers für die Zukunft regulirt werden sollte, konnte die Gemeinde nicht eins mit ihm werden und kündigte ihm daher, obgleich der Art. 5 der transitorischen Bestimmungen über die Erneuerung der Gemeinderäthe rc. rc. vom 31. Decbr. 1831 besagt: die auf Lebens- oder auf eine bestimmte Zeit angestellten Gerichtsschreiber bleiben für diese Dauer als Rathsschreiber angestellt — am 24. Novbr. 1832 den Dienst auf.

Da es aber dem Besch gelang, sich im Fortbezuge seines Dienstgehaltes zu behaupten, so sah sich die Gemeinde Sinsheim genöthigt, den Vertrag vom 30. Januar 1823 als nichtig und für sie unverbindlich aus Gründen anzufechten, welche unten angeführt werden.

In erster Instanz ward jedoch auf gepflogene Verhandlung zu Recht erkannt:

„Es sei die klagende Gemeinde mit ihrem Begehren, auszusprechen: daß der zwischen dem Beklagten und dem im Jahr 18 3 bestandenen Stadtrath und sogenannten Gemeindeausschuß abgeschlossene Dienstvertrag als die Gemeinde Sinsheim nicht bindend aufzuheben — abzuweisen und dieser Vertrag als unter den Parteien zu Recht bestehend zu erklären rc. rc.“

Die von der Klägerin gegen diesen Bescheid an das unterrheinische Hofgericht eingewandte Berufung hatte keinen besseren Erfolg; indem das amtliche Urtheil von dem Hofgerichte, zweitem Senate, lediglich bestätigt wurde.

Es folgen hier die mit der Ansicht des Unterrichters im Wesentlichen übereinstimmenden

Entscheidungsgründe:

„Die vorliegende Klage wird gegründet:

„1) auf den §. 13 der Beilage B. zum Organisationsedict vom Jahr 1809, wornach der Rathsschreiber aus den im Schreibereifach tüchtig befundenen Subjecten gewählt werden soll, der Beklagte aber niemals unter die Scribenten nach vorgängiger Prüfung aufgenommen worden sei;“

„2) auf den §. 18 der erwähnten Beilage, weil die Fixirung der Besoldung des Rathsschreibers eine ständige Ausgabe sei, welche die Vernehmung der Gemeinde erfordere;“

„3) auf den Umstand, daß der Gemeindeausschuß die Gemeinde bei dem Abschlusse des Vertrags nicht habe vertreten können, weil er gegen die Bestimmungen der Verordnungen vom 23. Aug. 1821 und 2. März 1822 nicht von der Gemeinde, sondern von dem Stadtrathe gewählt worden sei;“

ferner in zweiter Instanz:

„4) auf den §. 15 der Beilage B. zum Organisationsedict von 1809, wornach die Stelle eines Rathsschreibers widerruflich sei," und

„5) auf den L. R. S. 1780, wornach Dienste nur auf bestimmte Zeit oder für bestimmte Unternehmungen verdingt werden dürften."

„Diese Klage erscheint aber als ungegründet; denn obgleich zu 1. „der §. 13 der Beilage B. zum Organisationsedict von §809 besagt: daß das Gericht den Rathsschreiber aus den im Schreibereifach tüchtig befundenen Subjecten wählt und das Amt solchen bestätigt, so ist dieser gesetzlichen Vorschrift einestheils damit genügt, daß der Beklagte in die Scribentenliste aufgenommen, anderntheils nach den vorliegenden Berichten für tauglich befunden worden ist;"

„Eben so wenig kann zu 2. „der §. 18 der erwähnten Beilage lit. B. in dem vorliegenden Falle seine Anwendung finden, weil die Besoldung des Rathsschreibers keine ständige Ausgabe ist, indem sie nicht für immer, sondern nur für die Dauer des Vertrags bestimmt wird, sohin mit dem Ablauf der Vertragszeit oder dem Tode des Besoldeten ihr Ende erreicht;"

Zu 3. „Die Behauptung, daß der Gemeindeausschuß, welcher bei der Wahl des Beklagten mitgewirkt hat, die Gemeinde nicht habe vertreten können, weil er nicht von ihr, sondern von dem Stadtrathe gewählt worden sei, ist unrichtig, da jener nach den vorliegenden Acten über die Wahl des Gemeindeausschusses vom Jahr 1812—1816 von der Gemeinde gewählt worden ist;"

Zu 4. „Wenn in dem §. 15 der Beilage B. zum Organisationsedict die Rathsschreibersstelle als widerruflich bezeichnet ist, so folgt daraus nicht, daß durch besondere Verträge keine Ausnahme davon gemacht werden dürfe, weil das Gesetz eine lebenslängliche Anstellung nicht ausdrücklich verbietet, und Vertragsbestimmungen, in so fern sie nicht verbietenden Gesetzen entgegen stehen, als Gesetze unter den Parteien gelten;"

„Endlich ist

Zu 5. „der angeführte L. R. S. 1780 nicht anwendbar, weil er nur zum Vortheil des in Diensttretenden, nicht aber des Dienstherrn gegeben ist."

Bayer.

V.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall über einen als Straßenraub angeschuldeten Angriff.

Der ledige J. J. gieng an einem Sonntag Abends jauchzend und singend auf dem Fußwege nach R..., und befand sich von diesem Orte etwa noch 200 Schritte entfernt, als J. S., der auf dem Fußwege von O. . nach G... mit noch einem Kameraden lief, von diesem Wege bei Erblickung des J. J. abglitt, und auf diesen über das Feld zueilte. Beim Zusammentreffen fragte er den J. ganz freundlich, wohin der Weg ihn führe, und als derselbe ihm dieses gesagt, erklärte er, diesen Weg bis nach R... mitgehen zu wollen. Beide liefen nun miteinander fort, und zwar J. voraus, S. aber hintennach, ohne daß Einer mit dem Andern ein Wort wechselte. Kaum 20 Schritte so zusammen gegangen, versetzte der hinterwärts laufende S. dem vorwärts gehenden J., allem nach mit einem Stein, einen Schlag auf den Hinterkopf, daß solcher zu Boden fiel, worauf Ersterer auf ihn noch mehr zuschlug, dabei aber, da Letzterer sich aufraffen wollte, ebenfalls auf den Boden kam. Wie sein Kamerad B., der inzwischen etwas fortgelaufen war, diesen Angriff bemerkt hatte, lief er auf den Platz zu, woselbst er ankam, als beide sich von der Erde aufzurichten suchten. S. hob nun abermal seine Faust, in welcher er einen Stein oder so etwas verborgen hielt, gegen J. auf, mit dem Zuruf: „Jetzt giebst Du noch 14 Batzen her, oder Du bekommst noch mehr!" Der durch den Ueberfall, so wie das Erscheinen eines Dritten, den er für den Kameraden des Angreifers ansah, obgleich dieser sich ruhig hielt, in Schrecken gesetzte J. griff sodann in seine Hosentasche, und zählte dem S. 58 kr. hin, und weil dieß 2 kr. mehr betrug, als Letzterer gefordert und er nicht mehr annehmen wollte, nahm Ersterer ein Sechskreuzerstück vom Gelde hinweg, legte dafür einen Schweizer Batzen hin, was dann gerade die 14 Batzen ausmachte, und lief hierauf eilig davon, während S. und sein Begleiter B. noch eine kleine Strecke miteinander fortgiengen, und sich dann trennten. Die Verletzungen des J. bestanden in zwei Hautwunden am Kopf und einer am kleinen rechten Finger, die durch ein hartes stumpfschneidendes Instrument zugefügt worden seyn mußten, zu ihrer Heilung aber keiner wundärztlichen Hülfe bedurften.

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. N^ro. 14. Karlsruhe den 5. April 1834.

I.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall über einen als Straßenraub angeschuldeten Angriff.

(Beschluß.)

Der auf die Anzeige des J. eingezogene S. gab an: Er sei an jenem Tage mit J. im Wirthshause zu G. gewesen, und über diesen erzürnt worden, weil er dort einem Schneider Grobheiten gemacht (nach den Zeugenaussagen war es ein ganz unbedeutender Wortwechsel). Als er dann den J. auf dem Fußweg nach N. jauchzend und lärmend habe herkommen sehen, sei er von seinem Weg ab über das Feld zu ihm hinüber, habe freundlich mit ihm gesprochen, und ihm nur einigen Vorwurf wegen seines Benehmens gegen den Schneider gemacht. Als derselbe ihm hierauf entgegnet, er sei Einer wie dieser, habe er, darüber erbittert, mit einem in der Hand gehabten Stein gegen J. geschlagen, worauf sie aneinander und zusammen auf den Boden gerathen, wo er ihm noch ein Paar Streiche versetzt, S. aber nach ihm gebissen habe. Nachdem sie von der Erde sich wieder aufgerafft gehabt, habe er dem J. 14 Batzen abgefordert, welche er ihm seit mehreren Jahren schuldig geblieben, auch habe er vor 14 Tagen im Wirthshause zu W. für J. seinen Antheil an einer Zeche bezahlt, so, daß Alles 14 Batzen ausgemacht, welche er keineswegs mit Drohungen, um Geld zu erpressen, sondern als das ihm Gebührende verlangt habe. Während er mit J. ganz fertig gewesen, habe sein Begleiter B. noch mit einem Prügel gegen diesen geworfen. B. widersprach dieser Anschuldigung seines Kameraden S. und der angegriffene J. bemerkte, daß B. ganz ruhiger Zuschauer geblieben, und obwohl er gerade nicht gesehen, wer von beiden den Prügel nach ihm geworfen, sei er doch festen Glaubens, daß nach der Stellung, die beide gehabt, es S. gewesen seyn müsse. J. widersprach, dem S. etwas schuldig gewesen zu seyn. Vor mehreren Jahren habe er auf dem Markt zu W. die Geliebte des S., der auf dem Markte Geschäfte gehabt, für ihn in das Wirthshaus führen müssen. Nun sei es aber Sitte, daß dann der Freier Demjenigen, der sein Mädchen in das Wirthshaus führe, die ausgelegte Zeche bezahle, was S. auch gethan und die kaum 24 kr. betragen habe. Daß er kürzlich den Antheil einer Zeche für ihn bezahlt, sei ebenfalls unrichtig. Dieß bestätigten die Zeugen, in deren Gesellschaft die Zeche erloffen seyn soll; so wie auch die vormalige Geliebte des S. die Angabe des J. wegen des Wirthshausführens bekräftigte. Inculpat blieb dessen ohnerachtet dabei, daß er an J. 14 Batzen zu fordern gehabt, und er, obgleich er betrunken gewesen, nie daran gedacht habe, ihn berauben zu wollen.

Während der Untersuchung zeigte der Vater des Inculpaten an, daß sein Sohn an einer periodischen Geisteszerrüttung leide, und deßwegen überall aus dem Dienst als unbrauchbar zurückgeschickt werde. Das Ortsgericht und Pfarramt erklärten hierüber, wie allgemein bekannt sei, daß S. an periodischer Geisteszerrüttung leide, was als Familienfehler anzusehen sei, indem alle Glieder dieser Familie mehr oder minder sich damit behaftet fänden. Der Character des Inculpaten sei düster, jäh und aufbrausend.

Der Gefangenwärter äußerte aus seiner Wahrnehmung, daß er den S. oft in einer Art Starrsinn oder Tiefsinn finde, er ihm lange nicht, oder gar keine Antwort gebe, sich jedoch nicht geradezu verrückt zeige. Das äußere Aussehen des Inculpaten ist nach dem Physicatsbericht von auffallend blasser Gesichtsfarbe, der Blick wild und verstört, und er an mangelhafter Digestion leidend. Als Resultat seiner Beobachtungen fand das Physicat, daß S. in der Unterredung sich mißtrauisch und zurückhaltend zeige, in seinem Benehmen Unzufriedenheit äußere, und sich in zwei Verhören wild, trotzig und störrisch betrug, daß er früher von Magenwehe und öftern heftigen Kopfschmerzen gemartert worden, immer melancholisch gewesen, und vom Sterben und Selbstentleibung häufig gesprochen habe, welcher kranken Phantasie ohnerachtet doch ein ziemlich vernünftiger Zusammenhang seiner Antworten zu bemerken sei. Diesem nach sei es leicht möglich, daß Inculpat zur Zeit der begangenen That sich in einem verwirrten Gemüthszustande befunden habe, und

somit in Bezug auf die Freiheit seines Willens sehr beschränkt gewesen seyn möge. Ohne Zweifel sei, daß er an periodischer Geisteskrankheit leide, wornach er plötzlich in einen Zustand von psychischer Krankheit gerathe, der den Gebrauch seiner Geisteskräfte hemme. Bei Beurtheilung dieses Falls entstand nun die Frage, ob das Verbrechen des Straßenraubs als vorhanden zu unterstellen sei? Dem urtheilenden Gerichte schien zwar das eine Hauptcriterium dieses Verbrechens vorzuliegen, nämlich eine auf einer Landstraße, von Wohnhäusern entfernt, ohne Schein des Rechts mittelst gewaltsamen Angriffs geschehene Wegnahme einer Sache: denn der Angriff geschah wirklich auf offenem Wege, und die Hingabe der 14 Batzen durch den Angegriffenen aus Furcht der Fortsetzung des erfolgten Angriffs, zu welchem sich Inculpat, wenn er den J. auch nicht so hinterlistig, wie er angab, anfiel, doch dadurch vorbereitet gehabt, daß er einen Stein in seine Hand genommen hatte, und damit unversehens und ziemlich kräftig auf J. zuschlug. Dagegen ließ sich an der objectiven Beschaffenheit der That das weitere Hauptmerkmal eines Straßenraubs, daß der Angriff unternommen wurde, um sich einer Sache des Gewinns willen zu bemächtigen, nicht erkennen. Die Art der Ausführung der That, und besonders die der Besitzergreifung des Geldes zeigt deutlich, daß Inculpat den Angriff nicht gemacht habe, um dadurch dem J. Geld zu entreißen. Er gieng demselben nicht nach, paßte ihm keineswegs auf, sondern er lief in Gesellschaft eines Kameraden einen andern Weg, daher das Zusammentreffen ganz zufällig sich ergab. Hier sah er den J., über den er sich in seiner stets düstern Stimmung schon im Wirthshause ohne zureichenden Grund geärgert hatte, jauchzend und lärmend herkommen. Der düstre melancholische Mensch kann den Fröhlichen ohnehin nicht leiden. Inculpat — der nach dem Zeugniß über ihn, durch Wein leicht in Wildheit gerieth, und ziemlich getrunken hatte — verließ bei Wiederansicht des lustigen J. seinen Begleiter, gieng auf jenen zu, und ohne vorher an ihn etwas zu fordern, schlug er im Zorn ohne bestimmte Ursache mit einem Stein auf diesen los. Es entstand ein Ringen, wobei beide auf den Boden fielen, und S. hier dem J. noch ein Paar Streiche versetzte, ohne aber Geld zu verlangen. Erst nachdem beide sich wieder aufgerafft, und erst — welcher Umstand sehr wichtig ist — nachdem B. hinzugekommen war, forderte S. mit einiger Drohung die 14 Batzen, aber offenbar unter dem Schein des Rechts, als eine frühere Schuldigkeit, was daraus hervorgeht, daß er, weil das hingegebene Geld 2 kr. mehr betrug, er solches nicht nehmen wollte, sondern die 14 Batzen bloß verlangte. Zwar hat sich nicht erwahrt, daß J. dem S. eine Zeche noch schuldig geblieben sei; allein! der Schein des Rechts lag doch, wenn auch irrig, in der Ansicht des Inculpaten. So viel wenigstens ist richtig, daß er früher einmal dem J. wegen einer Zeche etwas bezahlt hatte. Es mag ihm dieses dann im Aerger eingefallen seyn, und er geglaubt haben, noch immer etwas dafür zu fordern zu haben, und daß er dieses jetzt am besten thun könne. Es ließe sich nicht erklären, wie er in Gegenwart eines Drttten den J. wirklich hätte berauben wollen, oder den J. durch wirkliche Gewalt bei Gegenwart eines Andern zur Herausgabe des Gelds habe zwingen können; noch weniger aber, daß er als Räuber sich sollte gescheut haben, 2 kr. mehr zu nehmen. Das Verlangen der Zahlung eines Betrags von 14 Batzen, die Weigerung, auch nur 2 kr. mehr anzunehmen, die Auswechslung des Geldes dann auf diesen geforderten Betrag zeigt klar, daß Inculpat in der Ueberzeugung während der That gestanden habe, an J. so viel wirklich zu fordern zu haben. Es mangelt unverkennbar an einem wesentlichen Criterium des Raubs. Die Mißhandlung geschah aus Aerger und Zorn über J., die Forderung der 14 Batzen als vermuthliche Schuldigkeit bloß ex post, und somit erscheint die That als eine strafbare Mißhandlung oder Gewaltthätigkeit (vis publica).

Die That läßt sich als eine solche aber noch um so mehr bei einem Menschen erklären, dessen Psyche so beschaffen ist, wie die des Inculpaten, der hiernach leicht in eine periodische Geistesverwirrung gerathen kann. Welche Ansicht man etwa auch von der objectiven Beschaffenheit der That gehabt haben würde, so hätte dieser Umstand den Zweifel erregen müssen, ob dem S. sich solche als Verbrechen des Straßenraubs zurechnen ließe? Die Verneinung dessen ergab sich bald, als man erwog, wie es erhoben sei, daß eine periodische Geisteskrankheit bei dem Angeschuldigten sich von jeher als eingewurzelter Familienfehler gezeigt habe, daß, vom Weine erhitzt, gar leicht sein gewöhnlicher Mißmuth sich bis zur Wildheit steigere, und seine Willensfreiheit so weit beschränke, daß sein Handeln dann nicht als Product innerer Willkühr sich darstelle. Daß aber damals eine solche Störung der Geistesthätigkeit vorhanden gewesen sei, nahm man an, weil er den J., der ihm, wie er selbst zugiebt, nichts Leides gethan, ohne bestimmte Ursache mißhandelte, und sein ganzes Benehmen hiebei sonderbar erscheint. Ohne Zweifel hatte er ein Bewußtseyn der Mißhandlung, die er zufügte, aber nicht ihres Bestimmungsgrundes. Er befand sich in einer Selbsttäuschung über sein vermeintliches Recht, in welche er durch die vom genossenen Wein entstandene Geistesverwirrung gerathen war; er hatte auch nicht eine Ahnung davon, daß man seine That für eine Beraubung sollte ansehen können, viel weniger, daß ihm die Absicht hiezu vorgeschwebt hätte. Die den Rechtsstand störende Kraftäußerung des Inculpaten konnte ihm demnach nur in Bezug auf die Mißhandlung, weil er hier das Strafbare seines Handelns zu unterscheiden fähig war, nicht aber als ein Raub zugerechnet werden, der sich übrigens auch, wie oben bemerkt

wurde, objecttiv nicht ganz als ein solcher darstellt. Inculpat wurde diesem nach durch das hofgerichtliche Urtheil des angeschuldeten Verbrechens des Straßenraubs für schuldlos, wegen gewaltsamer Mißhandlung des J. aber für schuldig erklärt, und ihm dießfalls der erstandene Arrest als Strafe angerechnet *). Merk.

II.

Ueber die Ermächtigung der Pfleger zur Führung der Rechtsstreite ihrer Pfleglinge in zweiter Instanz.

In einem Rechtsstreit wegen einer persönlichen Schuld nicht liegenschaftlicher Art, wo ein im zweiten Grad mundtod Erklärter Beklagter war, ergriff dessen Pfleger auf erfolgte Verurtheilung die Appellation, bei der mündlichen Verhandlung setzte der Appellat dem Appellanten den Mangel der obervormundschaftlichen Ermächtigung zur Führung des Rechtsstreits in zweiter Instanz entgegen, und der Gerichtshof gab ihm deren Beibringung auf.

Es läßt sich nun nicht läugnen, daß ein im zweiten Grad mundtod Erklärter einem Minderjährigen im Allgemeinen gleich steht, und daß also sein Pfleger den Vorschriften über Pflegschaften der Minderjährigen unterworfen ist, allein es läßt sich läugnen, daß ein Pfleger eines Minderjährigen zur Führung eines Prozesses in zweiter Instanz über nicht liegenschaftliche Rechte seines Pfleglings, zumal wenn er Beklagter, und zur Zahlung einer fahrenden Schuld verurtheilt war, der obervormundschaftlichen Ermächtigung bedarf.

Das sechste Constitutionsedict über die Grundverfassung der Stände, demnach das erste und allgemeinste Gesetz über Minderjährige bindet im §. 27 die Handlungen der Minderjährigen an die Einwilligung ihrer Fürsorger, Eltern und Pfleger, und diese Einwilligung kann für wichtige Fälle durch die Gesetzgebung an die Miteinsicht und Genehmigung der Polizeibehörde gebunden werden, es ist jedoch nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 27 des sechsten Constitutionsedicts nur dann, wo Staatsgesetze es jeweils bestimmt verordnet haben. Es muß also ganz unbestreitbar zur Nothwendigkeit der obervormundschaftlichen Ermächtigung der Prozeßführung eines Pflegers über Fahrnißklagen seines Mündels in zweiter Instanz eine bestimmte Vorschrift eines Staatsgesetzes bestehen.

Nimmt man nun das Landrecht zur Hand, so findet man im Satz 450, daß der Vormund den Minderjährigen in allen bürgerlichen Rechtsgeschäften zu vertreten hat, womit er also zur Führung seiner Rechtsstreite ermächtigt ist, und durchgeht man weiters die folgenden Sätze des Landrechts über die Verwaltung des Vormunds, worin derselbe an die Einwilligung anderer Personen zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts über das Vermögen seines Mündels gebunden ist, so findet man nirgends seine Beschränkung für Fahrnißklagen, sondern lediglich nur die Vorschrift des S. 464, daß der Vormund ohne Ermächtigung des Familienraths keine Klage auf liegenschaftliche Rechte seines Mündels erheben, und keinen Anspruch auf dergleichen Rechte nachgeben kann. So wie nun aber ein Gesetz irgend eine besondere Art von Rechtsverhältnissen erwähnt, und darüber besondere Vorschriften enthält, so beschränkt es diese Vorschriften nach dem alsdann richtig anwendbaren Satz: „qui dicit de uno, negat de altero“ auf diese besondere Art von Rechtsverhältnissen, und da nun liegenschaftliche Rechte den fahrenden Rechten entgegen gesetzt sind, so folgt daraus, daß der Vormund über fahrende Rechte seines Mündels unbeschränkt Klage erheben, Prozesse führen, Berufungen ergreifen kann, ohne Unterschied, ob er Kläger oder Beklagter ist. Es wird dieses wieder dadurch bestätigt, daß die Sätze 461, 462, 463, 465, 467 überall nur besondere Geschäfte mit Bezug auf fahrende Rechtsverhältnisse des Mündels erwähnen, zu deren Vornahme der Pfleger noch der Mitwirkung anderer Personen bedarf, und daß also die Prozeßführung über fahrende Rechte als darunter nicht vorkommend dem Vormund freisteht. Wollte man noch einen Zweifel haben, so ist nicht zu übersehen, daß der gewaltsentlassene Minderjährige, welcher nach S. 481 alle Verwaltungshandlungen vornehmen darf, nach S. 482 Fahrnißklagen anstellen, und sich darauf einlassen kann, es ist dadurch, wie auch Brauer zu L. R. S. 482 mit überzeugenden Gründen lehrt, die Anstellung, und folgeweise die Fortsetzung der Fahrnißklagen zu den Verwaltungshandlungen über ein Vermögen gerechnet, und solche stehen nach S. 450 dem Vormund unbeschränkt zu. Es würde doch wahrlich eine Anomalie der Gesetzgebung seyn, wenn man einem gewaltsentlassenen Minderjährigen die unbeschränkte Anstellung und Betreibung der Fahrnißklagen in erster und zweiter Instanz freigeben, den Vormund über einen Minderjährigen aber an eine obrigkeitliche Ermächtigung binden wollte.

Durchgeht man nun unsere, die Bestimmungen des Landrechts über die Vormundschaft häufig abändernde, particuläre Gesetzgebung, so finden wir im zweiten Einführungsedict §. 5, 19, 20 nur die Vorschrift, daß zur Ausführung des

*) Bei Beurtheilung dieses Falls kam die Frage nicht in Erörterung, ob die Mißhandlung, da solche eine Verwundung im Sinne des Strafedicts nicht zur Folge hatte, amtshalber habe bestraft werden können, oder ob solche nicht als Realinjurie zu behandeln gewesen wäre? Es wird indeß ein solcher Angriff auf öffentlichem Wege als die allgemeine Sicherheit gefährdend zu halten und als ein eigenes Vergehen, das der offenen Gewalt (vis puplica), zu untersuchen und zu bestrafen seyn, und §. 4 des Ehrenkränkungsgesetzes diesem nicht entgegen stehen.

§. 464 für den Familienrath die ordentliche Obrigkeit eintritt, wir finden aber keine Vorschrift, welche den §. 464 objectiv dahin abändert, daß auch zur Erhebung und Fortsetzung von Fahrnißklagen eine Ermächtigung der obervormundschaftlichen Behörde nöthig wäre, und es mangelt also zur Anforderung dieser Ermächtigung die vom §. 27 des sechsten Constitutionsedicts angeforderte bestimmte Vorschrift eines Staatsgesetzes.

Eine solche Vorschrift will man zwar in der Bestimmung des Organisationsedicts vom Jahr 1809 Beil. D. §. 12 lit. 4 finden, wornach den Kreisdirectorien die Erlaubnißertheilung an Pflegschaften zu Prozeßführungen in zweiter Instanz zugewiesen seie. Allein diese Vorschrift kann schon ihrem allgemeinen Zweck, der Organisation der Verwaltung des Staats, nach nicht dahin gedeutet werden, daß darin objectiv für alle Pfleger die Ermächtigung zu Prozeßführungen in zweiter Instanz angeordnet wird, sondern sie kann nur dahin ausgelegt werden, daß subjectiv das Kreisdirectorium die Stelle ist, welche die von der Gesetzgebung anderwärts vorgeschriebene Ermächtigung ertheilt. Mehr liegt nicht in dieser Vorschrift, und da nun die Gesetzgebung nirgends diese Ermächtigung für Fahrnißklagen verlangt, so kann durch die erwähnte Bestimmung der Competenz des Kreisdirectoriums zu solchen Ermächtigungen nie eine bestimmte Vorschrift eines Staatsgesetzes für eine solche Ermächtigung selbst gegeben seyn. Sie entscheidet wohl die Frage, wer die Ermächtigung ertheilt, nicht aber die, wann sie erforderlich ist, und da nun insbesondere noch das dem Organisationsedict spätere Landrecht mit seinen Einführungsedicten eine solche Ermächtigung für Fahrnißklagen dem Pfleger nicht vorschreibt, sondern umgekehrt gerade darin ihm freie Hand läßt, so läßt sich nicht behaupten, daß eine Ermächtigung des Pflegers zu Prozeßführungen über fahrende Rechte in zweiter Instanz vorgeschrieben seie. Man kann wohl behaupten, daß man seither die Vorschrift des Organisationsedicts von 1809 als die Anforderung der Ermächtigung der Pfleger zu Prozeßführungen verstand, allein diese irrige Auslegung der Vorschrift kann nicht zum Gesetz werden. Es ist ohnedieß Zeit, und unsere neuere Gesetzgebung ist genugsam darauf eingegangen, daß man das Bevormundungssystem der Staatsverwaltung gegen die Staatsbürger aufgiebt, und ihnen in die freie Verwaltung ihres Eigenthums nicht eingreift. Es läßt sich endlich auch die fragliche Ermächtigung der Pfleger aus dem Besten der Pfleglinge keineswegs rechtfertigen, denn wird die Ermächtigung von dem Staat ertheilt, so ist der Pfleger aller Verantwortlichkeit gegen den Mündel enthoben, während im entgegengesetzten Fall er ihm für fehlerhafte Prozeßführung, als fehlerhafte Verwaltung, verantwortlich bleibt.

Sander.

III.

Ueber die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt durch Drohungen und mittelst Anwendung von gefährlichen Werkzeugen.

Der Art. I. des Gesetzes über die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt bestimmt für den durch Drohungen geleisteten Widerstand eine gemeine Gefängnißstrafe, welche bis auf sechs Wochen steigen kann, der Art. II. setzt auf einen mit Anwendung von Waffen oder andern gefährlichen Werkzeugen geschehenen Widerstand eine Gefängniß- oder Arbeitshausstrafe, welche bis auf ein Jahr steigen kann, und aus beiden Bestimmungen erheben sich die Fragen: geht der Art. II. auch auf den Widerstand, wobei die Drohung mit Waffen oder andern gefährlichen Werkzeugen geschah, und was sind überhaupt im Sinne des Gesetzes gefährliche Werkzeuge?

Zur ersten Frage ist es nun nicht zu verkennen, daß man sprachrichtig von einer mittelst Anwendung von Waffen geschehenen Drohung reden kann; man versteht darunter, daß der Thäter zur Drohung eine Waffe gebrauchte, und da zumal jetzt eine Waffe in der Hand eines Staatsbürgers immerhin ein gefährliches Ding ist, so kann man die erste Frage, ohne just gegen die offen darliegende Absicht des Gesetzes zu verstoßen, alsbald dahin beantworten: allerdings fällt der durch Drohung mit Waffen und andern gefährlichen Werkzeugen geleistete Widerstand unter den Art. II. Allein die Gesetzgebung und somit auch der die Gesetze anwendende Richter soll sich nicht durch das verwerfliche regime de peur leiten lassen, und bedenkt man nun, daß der genaue sprachrichtige Begriff des Worts „Anwendung einer Waffe“ einen thätlichen Gebrauch voraussetzt, d. h. einen Gebrauch, wo man die Waffe, die man anwendet, zur persönlichen Berührung oder zur thatkräftigen Handhabung gegen einen andern Menschen kommen läßt, so wird man schon nach der grammatikalischen Auslegung bezweifeln, ob das Gesetz von einer Drohung mittelst Anwendung einer Waffe sprechen wollte. Dieser Zweifel wird aber zu der Gewißheit gesteigert, daß der Art. II. auf den Fall einer Drohung mit Waffen nicht anwendbar ist, wenn man erwägt, daß der Art. I. den Widerstand mit Drohungen ganz allgemein mit dem Maximum einer Strafe von sechs Wochen bürgerliches Gefängniß belegt, und nun im Gegensatz von dem nur mit Drohungen geleisteten Widerstand für den mit Thätlichkeiten verbundenen ein Maximum der Strafe von drei Monaten Gefängniß festsetzt. Es liegt aber klar am Tage, daß Derjenige, welcher nur mit einem thätlichen Widerstand droht, immer noch einen bedeutenden Schritt von jenem Thäter eines Vergehens entfernt ist, welcher die That des Vergehens mittelst Anwendung seiner Körperkräfte wirklich begeht.

(Beschluß folgt.)

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. №. 15. Karlsruhe den 12. April 1834.

I.

Ueber die Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt durch Drohungen und mittelst Anwendung von gefährlichen Werkzeugen.

(Beschluß.)

Es ist ein allgemeiner Begriff des Strafrechts, daß die Drohung eines Vergehens ein noch sehr entfernter Versuch des Vergehens selbst ist, und wenn nun auch das Gesetz über Widersetzlichkeit einen mit Drohungen geschehenen Widerstand zum Vergehen der Widersetzlichkeit selbst zählt, so geschieht dieß deßwegen, weil der Drohende schon einen höhern Grad der Nichtachtung der öffentlichen Gewalt entwickelt, als Jener, der nur nicht Folge leistet. Diese Nichtfolgeleistung, dieser lediglich passive, unthätig bleibende Ungehorsam ist immer die erste Grundlage des Vergehens der Widersetzlichkeit, und ist an und für sich, und abgesehen von etwaigem polizeilichen Einschreiten straflos, so wie aber der Ungehorsame Jenem, dem er Gehorsam zu leisten schuldig ist, nicht nur nicht gehorcht, sondern ihn durch Drohungen von seiner öffentlichen Amtsthätigkeit abzuhalten und abzuschrecken sucht, so handelt er activ, er entwickelt zur Durchführung seines sonst passiven Ungehorsams eine in Worten oder Gebehrden ausgesprochene intellectuelle Thätigkeit, und dafür ist er des Vergehens der Widersetzlichkeit schuldig. Allein beschränkt er sich auf Drohungen, entwickelt er keine körperliche Thätigkeit, so bleibt er doch immer noch weit von Jenem zurück, welcher den öffentlichen Diener mit Gewalt angreift, und durch Ueberwältigung an Vollführung seines öffentlichen Dienstes verhindert. Alsdann muß er aber bei geringerm verbrecherischem Vorsatz, und bei geringerer Ausübung desselben weniger strafbar seyn, und wollte man nun den nur mit Waffen Drohenden unter den Art. II. des Gesetzes stellen, so könnte er mit einer Gefängnißstrafe von einem Jahr belegt werden, während Jener, der einen öffentlichen Beamten in Vollführung seines öffentlichen Dienstes überwältigt, und zum Haus hinausschleudert, nur mit drei Monaten Gefängniß bestraft werden kann. Es kann diese Anomalie nicht im Gesetze liegen, und bedenkt man nun, daß der Art. II. unmittelbar auf die Bestimmung des Gesetzes über den durch Thätlichkeiten verübten Widerstand folgt, und dabei von A n w e n d u n g von Waffen, d. h. von einem thatkräftigen Gebrauch derselben gegen einen öffentlichen Diener spricht, so wird man gewiß annehmen, daß der durch Drohungen geschehene Widerstand mit oder ohne Gebrauch von Waffen nie höher als mit sechs Wochen Gefängniß bestraft werden kann, in so fern er nicht nach Art. III. in ein anderes höheres Vergehen ausartet.

Es wird dieses noch insbesondere durch die §§. 35, 36 des Gesetzes über die Gensd'armerie vom 31. Dec. 1831 bestätigt, denn gleich wie der Gensd'arm nur gegen Gewalt und Thätlichkeit wieder Gewalt und Waffen anwenden, und nur gegen die im §. 36 Nr. 4 bezeichneten Personen, im Fall eines passiven Ungehorsams seine Waffen brauchen darf, so wollte auch das Gesetz über die Widersetzlichkeit nur den thätlichen Widerstand mit Waffen im Art. II. strenger bestrafen.

Es würde zu einer abermaligen Anomalie führen, wenn man annehmen wollte, daß ein Gensd'arm Jenen niederschießen darf, der ihn thätlich angreift, und der dafür der Strafe von drei Monaten Gefängniß anheimfällt, während er Jenen nicht niederschießen darf, der ihm nur mit Waffen droht, und der doch dafür mit einem Jahr Arbeitshausstrafe belegt werden kann. Uebrigens kann daraus nicht gefolgert werden, daß ein Gensd'arm sich ohne Wehre mit Waffen drohen lassen und z. B. auf sich ein Gewehr anlegen lassen, und den Schuß erwarten muß, denn so gut wie jeder Staatsbürger sich in einem solchen Fall im allgemeinen Stand der Nothwehr befinden kann, eben so gut befindet sich der Gensd'arm als Mensch darin, er kann den Andern je nach der Lage des Falls zusammenschießen, und wird alsdann weniger nach dem §. 36 seines Gesetzes, als nach den allgemeinen Grundsätzen über Nothwehr mit dem jedoch beurtheilt, daß er immerhin in facto licito, der Andere dagegen in facto illicito versirend betrachtet wird, in so fern der Gensd'arm nämlich seine Amtsgewalt überhaupt nicht überschritt. Auch der §. 35 setzt immer eine thätliche Widerset-

lichkeit voraus, und nicht zu übersehen ist, daß man daraus sogar den auffallenden Schluß ziehen kann, daß gegen einen Gensd'armen das Vergehen der Widersetzlichkeit mittelst Drohungen gar nicht verübt werden kann, daß der Paragraph nur von einer gewaltthätigen Verhinderung spricht, eine Drohung aber keine Gewaltthat genannt werden kann.

Daß sich der Art. II. des Gesetzes über Widersetzlichkeit nicht auf den nur mit Drohungen, wenn auch durch Waffen geleisteten Widerstand bezieht, ergiebt sich auch deutlich aus der Discussion des Gesetzes in der zweiten Kammer von 1831, wo gerade zu diesem Zweck ein Amendement gemacht und angenommen wurde, wornach Drohungen nie höher als mit sechs Wochen bürgerlichem Gefängniß bestraft werden können, wie im 34sten Heft der Kammerverhandlungen von 1831 S. 414 zu finden ist.

Dagegen ist daraus über die Ausdehnung des Begriffs „gefährliche Werkzeuge" lediglich nichts zu entnehmen, und da der Gesetzgeber in dem Gesetz über Widersetzlichkeit diesen Ausdruck, und nicht den des Strafedicts bei den Verwundungen, „schädliches Instrument," gewählt hat, so wird man auch den Begriff der schädlichen Instrumente nicht unter den Begriff der gefährlichen Werkzeuge stellen, und solche nur auf die vom Strafedict im §. 71 erwähnten allgemein oder unter Umständen tödtlichen Instrumente beschränken müssen. Wenn also eine Widersetzlichkeit mittelst thatkräftiger Anwendung eines schädlichen Instruments, jedoch ohne körperliche Mißhandlung geschieht, so fällt sie nur unter den Art. I., während sie mit allgemein oder unter Umständen tödtlichen Werkzeugen vorgenommen dem Art. II. des Gesetzes über Widersetzlichkeit unterstellt werden muß.

Die Beschränkung des Falls einer Widersetzlichkeit mit Drohung durch Waffen auf den Art. I. des Gesetzes über die Widersetzlichkeit ist übrigens bei dem hiesigen Gerichtshof vorgekommen, jedoch bestritten, und in der Entscheidung des Falls umgangen worden. Es wird jedoch jetzt genügend gezeigt seyn, daß sie im Willen und Sinn des Gesetzes liegt.

Sander.

II.

Etwas über die fortgesetzte Berechnung der Strafe für wiederholte dritte Diebstähle.

Man hat seither wohl allgemein angenommen, daß bei wiederholten dritten Diebstählen die Strafe immer in fortgesetzter Zurechnung der einfachen Strafe des dritten Diebstahls mit zwei Jahren Zuchthaus anzurechnen, und so z. B. der dritte wiederholte dritte Diebstahl mit acht Jahren Zuchthaus, abgesehen von der etwa eintretenden Markenberechnung zu bestrafen seie. In einem vorgekommenen Fall eines zum drittenmal wiederholten dritten Diebstahls votirte ich dagegen als Legent: nulla poena sine lege ist einer der ersten Grundsätze des Strafrechts, und es fordert daher jede, insbesondere aber jede feste Strafe da eine ausdrückliche Bestimmung des Strafgesetzes, wo nicht die Strafe dem Ermessen des Strafrichters anheim gegeben ist. Daß Letzteres bei Bestimmung der Strafe für wiederholte dritte Diebstähle der Fall ist, wird Niemand behaupten, und so ist also zu untersuchen, ob wir eine gesetzliche Bestimmung besitzen, nach welcher bei wiederholten dritten Diebstählen so zu sagen in infinitum die einfache Strafe des dritten Diebstahls immer in fortgesetzter Zurechnung angesetzt, und so bei jeder Wiederholung um zwei Jahre Zuchthaus in der festen Strafe gestiegen werden soll. Eine solche Bestimmung besitzen wir nun nicht, sondern die Anhangnummer zum Strafedict 93, worauf man sich gewöhnlich bezieht, führt gerade zu dem entgegengesetzten Schluß, daß nämlich dorten nur bis zum zweiten wiederholten dritten Diebstahl gerechnet und höher nicht als bis zur Verdreifachung der einfachen dritten Diebstahlsstrafe gestiegen wird. Eine weitere Fortrechnung für fernere der Zahl nach bestimmte Wiederholungen, oder die Bestimmung, daß überhaupt mit je zwei Jahren Zuchthaus für fernere Wiederholungen fortzurechnen seie, wird dorten nicht vorgeschrieben, und da gerade am Ende dieser Nr. 93 von einer fortgesetzten Strafberechnung hinsichtlich der Strafe für den Schaden die Rede ist, so läßt sich daraus schließen, daß der Gesetzgeber bei der Strafe der Wiederholung des Vergehens selbst nicht fortrechnen, sondern bei der Verdreifachung der dritten Diebstahlsstrafe stehen bleiben, und eine höhere Strafe nur noch durch die fortgesetzte Markenberechnung und sonstige Strafzusätze einführen wollte. Die nähere Betrachtung der in der Anhangsnummer 93 angezogenen §. 62 lit. e., §. 64 lit. b., nicht d., und §. 79 lit. e. führt aber zu demselben Ergebniß, indem in allen diesen Paragraphen der Gesetzgeber nirgends den Grundsatz der immer wachsenden und durch fortlaufende Beischlagung einer einfachen Strafe immerwährend ansteigenden Strafe für Wiederholungen aufgestellt, sondern auch dorten sich mit einem Maximum der Wiederholungsstrafe begnügt hat, und demnach eine Ueberschreitung dieses Maximums durch eigene Verdopplung desselben auch in diesen Fällen gesetzlich nicht erlaubt ist. Insbesondere ist zu dem §. 79 zu bemerken, daß er das gleiche höchste Strafmaß der Wiederholung des Diebstahls mit sechs Jahren Zuchthaus hat, wie solches als fest bestimmte Wiederholungsstrafe die Anhangsnummer 93 vorschreibt, da nun auch im §. 79 von einer höhern Strafe nur hinsichtlich der Markenberechnung und hinsichtlich der Zusätze für gefährliche Diebstähle die Rede ist, so läßt sich überhaupt der Schluß ziehen, daß, abgesehen von diesen Zusätzen, sechs Jahre Zuchthaus die größte feste Strafe für Diebstähle ist, was auch als

genügend angesehen werden muß. Daß es seither anders angesehen worden ist, läßt sich gegen diese Meinung nicht anführen, indem der Gerichtsgebrauch, und nur der Gerichtsgebrauch, für Strafen am allerwenigsten eine Gesetzeskraft erhalten kann, und daß die fortgesetzte feste Berechnung der Strafe für wiederholte dritte Diebstähle mittelst fortwährender Zuschlagung der einfachen Strafe des dritten Diebstahls in der Natur der Sache liege, läßt sich nicht behaupten, denn man kann zwar in den wiederkehrenden Rückfällen einen im Ermessen des Richters liegenden Schärfungsgrund finden, aber man kann nirgends für diesen Schärfungsgrund eine feste gesetzliche Strafbestimmung nachweisen, und es ist daher noch einmal zu wiederholen. Nulla poena sine lege.

Auf diese Abstimmung hin, welche jedoch hier etwas weiter noch entwickelt ist, gieng das Plenum des hiesigen Gerichtshofs ein, und erkannte für den zum drittenmal wiederholten dritten Diebstahl nur die feste Strafe des zum zweitenmal wiederholten dritten Diebstahls, mit einem Strafzusatz als Schärfung für den dritten Rückfall und mit dem weitern Zusatz für die eintretende Markenberechnung. Uebrigens wurde dieses nur berathende Erkenntniß nur mit geringer Stimmenmehrheit gefällt, und liegt, als über zehn Jahre Zuchthaus gehend, dem Großh. Oberhofgericht zur Entscheidung vor.

Sander.

III.

Ueber subjective Klagenhäufung bei Injurienklagen.

Ein Kläger stellte gegen drei verschiedene Personen über dreierlei, in Zeit, Ort und Inhalt verschiedene Ehrenkränkungen, welche zwar aus der nämlichen Ursache einer angeblichen betrügerischen Handlung des Klägers entstanden waren, eine und eben dieselbe Klage an, und der Unterrichter verhandelte und entschied sie in einem und eben demselben Verfahren und Urtheil, indem er den Kläger als beweislos abwies. In dem ergriffenen Recurs rügte der Kläger andere Mängel des Verfahrens, trat neue Beweise an, und man hätte die Sache jedenfalls an den Unterrichter zur Verbesserung der Mängel und Erhebung der Beweise, die man für zuläßig hielt, zurückgehen lassen müssen, man erwog aber: In der jetzigen Lage des Verfahrens über Ehrenkränkungen ist eigentlich nichts bestimmt, als daß eben vom Beleidigten die Klage erhoben werden muß, allein es giebt denn doch noch solche Regeln des Verfahrens, welche angewendet werden müssen, mag man es als ein bürgerrechtliches, oder als ein strafrechtliches Verfahren ansehen. Eine solche Regel ist aber die, daß gegen verschiedene Personen über in jeder Hinsicht verschiedene Ehrenkränkungen nicht eine und eben dieselbe Klage erhoben, und ein und eben dasselbe Verfahren eingehalten werden kann. Die im § 250 der Prozeßordnung zur erlaubten subjectiven Klagenhäufung erforderliche Streitgenossenschaft der Beklagten ist hier nicht vorhanden, indem die Beklagten die Ehrenkränkung des Klägers nicht in Gemeinschaft und mit dem nämlichen Inhalt begangen haben, sondern dieselbe zu verschiedener Zeit und mit verschiedenem Inhalt begiengen; leitet es sich auch aus einem Factum des Klägers ab, so ist doch dieses nicht der Klaggrund, sondern die aus dem Factum von den Beklagten entnommene ehrenkränkende Behauptung ist der Grund der Klage, und darin stehen die Beklagten nicht in Gemeinschaft, und so wenig Kläger, der an seinem Vermögen von drei verschiedenen Personen auf verschiedene Art und zu verschiedener Zeit beschädigt worden ist, eine und eben dieselbe Entschädigungsklage anstellen kann, eben so wenig kann hier eine und die nämliche Ehrenkränkungsklage angestellt werden. Betrachtet man aber das Verfahren in Injuriensachen als irgend eine Art des Untersuchungsverfahrens, so können verschiedene Vergehen verschiedener Personen, so lange sie nicht in einer Verbindung als Theilnehmer eines und eben desselben Vergehens stehen, nicht in eine Untersuchung zusammengefaßt werden. Hier stehen aber die Beklagten nicht in einer Verbindung hinsichtlich des Vergehens der Injurie, sondern sie stehen selbstständig als besondere Injurianten da, so daß die Untersuchung gegen sie nicht zusammengefaßt werden kann. Schon die L. 34 de injuriis sagt: si plures ... convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium, et tanto maior injuria, quanto a pluribus admissa est: immo etiam tot injuriæ sunt quot et personæ facsentium.

Auf dieses hin wurde abändernd dahier erkannt, daß die angestellte Klage angebrachtermaßen zu verwerfen seie.

Sander.

IV.

Hofgericht zu Meersburg.

Beitrag zur Erläuterung des L. R. S. 1214.

A. B. und C. contrahirten von dem D. ein Darlehen, und machten sich zur Rückzahlung desselben solidarisch verbindlich. D., von dem L. R. S. 1200 Gebrauch machend, nahm den A. und B. auf Rückbezahlung des ganzen Darlehens in Anspruch. Aus Anlaß der gegen sie von dem Gläubiger erhobenen Klage traten die beiden Sammtschuldner A. und B., ohne die Sammtschuld gezahlt zu haben, gegen ihren dritten, von dem Gläubiger nicht belangten Mitschuldner C. klagend auf, und forderten von diesem unter Beziehung auf die L. R. S. 1213 und 1214 den Antheil zurück, welchen er kraft des angezogenen L. R. S. 1214 seinen das Ganze bezahlenden Mitschuldnern zu ersetzen hat. Durch das Erstinstanzgericht

wurden die Kläger mit ihrer Klage lediglich abgewiesen. Sie ergriffen jedoch die Berufung an das Hofgericht der Seeprovinz. Durch die Majorität dieses Collegiums wurde das erstinstanzliche Urtheil rücksichtlich der Hauptsache dahin abgeändert, „daß die Klage bloß zur Zeit noch nicht Statt finde." Dieses Urtheil ist vernehmlich durch die Entscheidungsgründe motivirt, „daß das Recht der Kläger, von ihrem Mitschuldner den Antheil dieses Letzteren an der Sammtschuld ersetzt zu verlangen, schon durch das Correalverhältniß an und für sich, wornach kraft des L. R. S. 1213 eine Sammtverbindlichkeit unter den Sammtschuldnern kraft Gesetzes getheilt, und ein Jeder dem Anderen für seinen Antheil gehalten ist, begründet sei. Jenes Recht sei nur noch nicht effectuibel, weil die Kläger die Sammtschuld noch nicht getilgt, und somit auch ihr Rückgriffsrecht gegen den Beklagten noch im Schweben begriffen sei. Aus allem diesem gehe aber hervor, daß die Klage nicht als völlig ungegründet, sondern nach dem §. 360 der Prozeßordnung bloß als zur Zeit nicht Statt findend zurückgewiesen werden könne." Diese Entscheidungsgründe und das daraus geschöpfte Urtheil möchten jedoch einigen Bedenklichkeiten unterliegen. Das dem einen Sammtschuldner gegen seinen Mitschuldner durch den L. R. S. 1214 eingeräumte Rückgriffsrecht entsteht erst von dem Momente, wo der Erstere die Sammtschuld ganz getilgt hat. Die Thatsache der totalen Tilgung der Sammtschuld stellt sich nicht bloß als ein Mittel dar, um jenem Rechte nur den Stempel der Effectuirbarkeit aufzudrücken, sondern sie bildet vielmehr den Entstehungsgrund desselben. Dieß wird sich näher aus folgender Ausführung ergeben. Abstrahirt man von den Bestimmungen unseres Landrechtes, und geht von allgemeinen Rechtsprinzipien aus, so läßt sich kein Grund auffinden, warum dem einen Sammtschuldner, der die Schuld durch Zahlung tilgt, gegen seine Mitschuldner ein Rückgriffsrecht zustehen soll. Denn, wenn sich gleich nicht läugnen läßt, daß der Erstere den Uebrigen durch die Tilgung der Schuld per accidens einen Vortheil bringe, so läßt sich auf der anderen Seite wieder sagen, daß der zahlende Sammtschuldner dem Gläubiger gegenüber eine ihn treffende Verbindlichkeit tilge, eine Zahlung aber, die den Zweck hat, den Zahlenden von einem Schuldverbande zu befreien, auch nur auf Rechnung des Zahlenden, nicht eines Dritten, gehen könne. Um jedoch der Unbilligkeit, die aus jenen Grundsätzen, auf das Correalverhältniß angewandt, entstehen könnten, zu begegnen, ordnete der L. R. S. 1213, daß die Sammtverbindlichkeit unter den Sammtschuldnern kraft Gesetzes getheilt, und ein Jeder dem Anderen für seinen Antheil gehalten seyn soll. Nach diesem Satze tilgt mithin der das Ganze bezahlende Sammtschuldner in Folge der Zahlung nicht bloß eine ihn treffende Verbindlichkeit, sondern zugleich auch eine Verbindlichkeit seiner Mitschuldner, und wird zu dieser Letzteren durch die Zahlung des Ganzen rücksichtlich der auf sie nach dem L. R. S. 1213 zu repartirenden Antheile an der Sammtschuld in das Verhältniß eines Geschäftsführers gesetzt. Die dem Geschäftsführer gegen seinen Geschäftsherrn durch den L. R. S. 1375 eingeräumten Rechte werden aber erst von dem Momente existent, wo das Geschäft zum Nutzen des Geschäftsherrn vollendet worden ist (argum. L. R. S. 1375). Hält man nun die Ansicht, daß der Rechtsgrund, aus welchem der das Ganze bezahlende Sammtschuldner gegen seine Mitschuldner ein Rückgriffsrecht geltend machen kann, dem Halbvertrag der Geschäftsführung völlig analog sei, für die richtige, so ergiebt sich, daß jenes Recht erst in dem Momente begründet wird, wo er das Ganze bezahlt hat, indem man erst dann sagen kann, daß er für seine Mitschuldner ein ihnen zum Vortheil gereichendes Geschäft besorgt habe. Im gegebenen Falle nun haben A. und B. den C. belangt, ohne die Gesammtschuld getilgt zu haben. Der Rechtsgrund, auf welchem allein ihre Klage nach der obigen Ausführung beruhen kann, ist mithin noch gar nicht vorhanden, und mithin hätte dieselbe als völlig unbegründet, und nicht nach dem §. 360 der Prozeßordnung als bloß zur Zeit nicht Statt findend zurückgewiesen werden sollen, indem die in jenem Paragraphen enthaltene Bestimmung voraussetzt, daß der Rechtsgrund, aus welchem geklagt wird, schon vorhanden, und nur noch nicht vermittelst einer Klage effectuirbar sei, welches erstere Requisit aber im vorliegenden Falle nicht eintrifft.

Fischer.

V.

Hofgericht zu Meersburg.

In Sachen Frey gegen Beha, Kaufschillingsforderung betreffend, erkannte das Bezirksamt H. auf gepflogene Verhandlungen: „Wird der Kläger mit seiner Klage zur Zeit abgewiesen, findet die Klage resp. zur Zeit nicht Statt, und hat der Kläger die Kosten dieses Streites zu tragen." Gegen diesen Bescheid wurde das Rechtsmittel der Appellation ergriffen. In einem Nachtrage zur Appellationsbeschwerdeschrift stellte der appellantische Anwalt das Petitum, den unterrichterlichen Bescheid dahin abzuändern, „daß die Klage als zuläßig zu erachten, und in Folge dieses das Großh. Bezirksamt H. gesetzlicher Ordnung nach zu verhandeln und zu entscheiden habe, unter Verfällung des Beklagten in die Kosten der ersten und zweiten Instanz." Dieses Begehren gab die Veranlassung zu dem nachstehenden hofgerichtlichen Beschlusse:

„Die Appellation findet angebrachtermaßen nicht Statt, weil das in dem Nachtrage zur Appellationsbeschwerde gestellte Begehren als unstatthaft erscheint, indem hier nicht

von einer einfachen Ladungsversagung, sondern vielmehr von einem auf gepflogene Verhandlungen hier ergangenen Urtheile die Rede ist, und somit eine Zurückweisung der Sache an den Unterrichter nicht mehr zulässig ist."

Die in diesem Erlasse ausgesprochene Ansicht möchte jedoch nicht die richtige seyn. Der Unterrichter, wenn er die Klage als zur Zeit noch nicht Statt findend abweist, erklärt bloß, daß unter den gegebenen Umständen jetzt noch für ihn kein Grund vorhanden sei, prozessualisch einzuschreiten; auf die Frage aber, ob das von dem Kläger in Anspruch genommene Recht wirklich vorhanden sei, oder nicht, und auf eine definitive Regulirung des im Streit befangenen Rechtsverhältnisses läßt er sich nicht ein. Eine definitive Entscheidung des Streites durch den Appellationsrichter ist aber nur da möglich, wo das Streitverhältniß durch den Unterrichter entweder schon definitiv entschieden, oder mindestens die definitive Entscheidung desselben durch einen Zwischenbescheid vorbereitet ist (argum. §. 1165 und 1223 der Prozeßord.). Diese Requisite treffen aber im gegebenen Falle, wo der Unterrichter vielmehr durch seine Verfügung, daß die Klage zur Zeit nicht Statt habe, erklärt hat, daß jetzt weder eine definitive Regulirung des Streitverhältnisses, noch eine Vorbereitung desselben mittelst eines Zwischenbescheides möglich sei, nicht ein, und folgeweise kann auch der Appellationsrichter in der Hauptsache nicht entscheiden. Es ist deßhalb ganz consequent, wenn der §. 1238 anordnet, daß, wenn die von dem Unterrichter abgeschlagene Ladung von dem Appellationsrichter als zulässig erkannt wird, der Letztere nur in dem Fall des §. 358 rücksichtlich der Hauptsache eine Entscheidung geben darf. Denn der die Klage als ungegründet verwerfende Unterrichter fällt ein Erkenntniß rücksichtlich der Hauptsache, und mithin muß auch der Appellationsrichter nach der Vorschrift des §. 1223 ein Endurtheil erlassen. In den Fällen der §§. 357, 359 und 360 fehlt aber die von dem §. 1223 für den Appellationsrichter statuirte Voraussetzung zur Fällung eines Endurtheils, indem hier der Unterrichter rücksichtlich der Hauptsache noch kein Erkenntniß gegeben hat, und mithin muß in jenen Fällen, im Fall der Abänderung der unterrichterlichen Verfügung, durch den Appellationsrichter Remission der Sache an den Ersteren zur weiteren Verhandlung und Entscheidung erfolgen, und zwar ohne Rücksicht, ob die unterrichterliche Verfügung in Form einer einfachen Ladungsversagung, oder auf gepflogene Verhandlungen erfolgt ist. Es ist zwar die Behauptung geltend gemacht worden, daß, wenn die unterrichterliche Verfügung, daß die Klage zur Zeit nicht Statt finde, auf den Grund gepflogener Verhandlungen ergangen sei, der die Klage als zur Zeit schon statthaft erkennende Appellationsrichter die Hauptsache um so unbedenklicher entscheiden könne, da nach der Vorschrift des §. 1224 sogar dann, wenn der Unterrichter unterlassen hat, wesentliche Prozeßformen in Anwendung zu bringen, der Appellationsrichter die Sache nicht mehr an den Unterrichter remittiren darf, um das Fehlende zu ergänzen, sondern unmittelbar die Ergänzung selbst vornehmen muß. Allein dieser Einwand ist aus dem Grunde nicht stichhaltend, weil die Bestimmung des §. 1224 an die Voraussetzung geknüpft ist, daß das angefochtene unterrichterliche Urtheil ein Definitiverkenntniß sei. Es wollte dann ferner, um die entgegengesetzte Ansicht zu vertheidigen, die Analogie des §. 1164 angezogen werden, wornach ein von dem Unterrichter übergangener Streitpunkt unmittelbar von dem Appellationsrichter entschieden werden muß. Allein auch hier wird, abgesehen davon, daß jene Bestimmung als singulär keine Ausdehnung auf andere Fälle erleiden möchte, vorausgesetzt, daß über die anderen Streitpunkte ein Endurtheil ergangen ist.

Es ist hier noch zu bemerken, daß, wenn man in dem Falle des §. 360 keine Zurückweisung der Sache an den Unterrichter zulassen will, man, um consequent zu seyn, die Zurückweisung auch in dem Falle verwerfen muß, wenn der Unterrichter nach gepflogenen Verhandlungen sich als incompetent erklärte, diese Verfügung aber in appellatorio wieder aufgehoben wird. Hiedurch würde aber offenbar das den Parteien zukommende Recht auf die erste Instanz zu sehr geschmälert.

Es möchte hiedurch dargethan seyn, daß in dem oben erwähnten Falle die Appellationsbeschwerde dem Appellaten zur Vernehmlassung hätte mitgetheilt, und, im Fall die Klage von dem Appellationsgericht als jetzt schon begründet erkannt worden wäre, die Sache an das Bezirksamt H. zur weiteren Verhandlung und Entscheidung remittirt werden sollen.

Fischer.

VI.

Erwiederung der Bemerkungen zu dem Aufsatz in Nr. 1 (zweiter Jahrgang) der Annalen über Sequestration einer Erbschaft.

Der Aufsatz in Nr. 1 der Annalen über Sequestration einer Erbschaft und Errichtung eines Erbverzeichnisses hat in Nr. 7 Anlaß zu zwei Entgegnungen gegeben, wovon die erste sich leicht widerlegen läßt, und die zweite bei Feststellung der beiden scheinbar streitigen Meinungen von selbst wegfällt.

Abgesehen nun bei der ersten Entgegnung, daß die Kläger keineswegs Erbnehmer, sondern nur Erbtheilnehmer sind, welche denn nach der klaren Vorschrift des L. R. S. 1011

nie einen Besitz der Erbschaft, sondern nur gegen den gesetzlichen Erben oder den Erbnehmer, also gegen die Beklagten, die Ausfolgung ihres Vermächtnisses verlangen können, und demnach gar nie im Stande sind, eine Erbnehmerin aus öffentlichem Testament vom Besitz und der Gewähr einer Verlassenschaft abzuhalten, so ist die ganze Meinung des Opponenten, daß ein bestrittenes Testament keine Erbansprüche, keine Besitzansprache begründe, daß es juristisch gar nicht existire, eine totale Unrichtigkeit, und eine Meinung, die noch Niemand behauptet hat. Wenn es wahr wäre, daß durch die Bestreitung eines Testaments juristisch das Testament gar nicht existire, so hat hier die Beklagte auch das Testament der Kläger bestritten, es existirt also juristisch auch nicht, und so ist nicht abzusehen, wie ein juristisch nicht existirendes Ding ein öffentliches, mit allen Formen bekleidetes Testament zu einem juristischen non ens machen soll. Der Opponent muß wirklich, wenn es ihm um die Begründung der Erbpflegschaft zu thun ist, dem Richter nicht viel zutrauen, denn der L. R. S. 811 sagt mit dürren Worten: „Wenn Niemand erscheint, der ein Erbrecht anspricht, so wird die Erbschaft als ledig angesehen;“ hier sprechen nun nicht nur Einer, sondern nach des Opponenten Meinung sogar Zwei ein Erbrecht an, — also tritt nach seiner Meinung ein lediges Erbe, sonach der Fall einer Erbpflegschaft ein. Offenbar verwechselt er hier vollständig das Erbrecht, oder so zu sagen das Eigenthum an der Verlassenschaft, mit dem Besitz der Erbschaft, und der Einweisung Dessen in den Besitz und die Gewähr der Erbschaft, der ein Erbrecht im gesetzlichen Sinn anspricht, und so wie ein solcher da ist, kann von einem ledigen Erbe, und damit von einem Besitz der Erbschaft durch einen Erbpfleger keine Rede seyn; das wird dem Opponenten jeder Commentator der L. R. S. 811 und 812 sagen. Es ist dieß die uralte Lehre der missio in bona secundum tabulas und contra tabulas, diese scheint aber dem Opponenten eben so unbekannt zu seyn, als die Lehre des Besitzes, sonst könnte er nicht die merkwürdige Behauptung aufstellen, daß die Obsignation einer Verlassenschaft den erbberechtigten Beklagten am Besitz der Verlassenschaft selbst — am Besitz und der Gewähr der Universalität der Güter, Rechte, Forderungen, Verbindlichkeiten und Lasten des Verstorbenen — hindere, und ihn davon zurückhalte. Wenn hier die Beklagte nicht besaß, so war sie ja nicht die rechte Beklagte, nach des Opponenten Meinung scheint alsdann der Staat durch sein Amtsrevisoratssiegel zu besitzen, und da es sich hier nicht um das Erbrecht, sondern um den Besitz und die Gewähr der Erbschaft handelte, so hätte der Opponent die Klage gegen den Fiscus anstellen müssen.

Wenn übrigens der Opponent den fraglichen Rechtsstreit hat wirklich näher kennen lernen, so verräth er in seiner Ansicht in Nr. 7 der Annalen auch noch eine ziemliche Unkenntniß des Prozeßrechts. Wie man jetzt weiß, so hatte das Stadtamt Karlsruhe ausgesprochen, daß $^{1}/_{6}$ der Verlassenschaft einem gerichtlichen Hüter anvertraut werden sollten. Dagegen hatte die beklagte Wittwe, nicht aber der klägerische Theil appellirt, und wenn also der Gerichtshof dahier erkannt hätte, daß die ganze Verlassenschaft einem Erbpfleger anvertraut werden sollte, so hätte er vorerst in durius erkannt, er hätte sodann, da der appellatische Theil darum in den Appellationsverhandlungen gar nicht gebeten, sondern nur um Aufrechthaltung des ergangenen Urtheils angestanden hat, ultra petitum erkannt, und hätte damit zwei der ersten allbekanntesten Grundsätze des Appellationsverfahrens verletzt. Eine solche Zumuthung an einen Appellationshof kann nur von Jenem ausgehen, der demselben auch zumuthete, daß, wenn Zwei ein Erbrecht ansprechen, er annehmen solle, es spreche Niemand ein Erbrecht an.

Daß aber eine Verlassenschaft wohl nicht als eine res litigiosa zum Zweck einer noch dazu theilweisen Sequestration betrachtet werden kann, wird in den Entscheidungsgründen hinlänglich auseinander gesetzt seyn, und daß aus dem Besitz der Beklagten für den Richter der nothwendige unabweisliche, von den Klägern aber nirgends gezogene Schluß einer Gefahr der Kläger folge, wird sich durch keine Logik rechtfertigen lassen. Wäre die Thatsache des Besitzes von einem Kläger so offenbar die Begründung einer Gefahr für den Beklagten, so hätte der §. 257 Nr. 6 b. wohl nicht der Anführung der Gefahr des Verderbens rc. erwähnt, sondern er hätte vorgeschrieben: besitzt der Kläger die vom Beklagten angesprochene Sache, so kann dieser deßwegen auf Beschlag antragen. Uebrigens besitzt ja die Beklagte nach des Apponenten Meinung gar nicht.

Die schließliche Bemerkung des Opponenten möchte doch überflüssig gewesen seyn, denn nachdem meines Erinnerns der verstorbene Erblasser mit der beklagten Wittwe seit Jahren in Karlsruhe gewohnt hatte, die Letzte aber eine geborne Karlsruherin ist, so konnte man wohl vor der Hand, wie die Entscheidungsgründe sagen, die Grundsätze der Gütergemeinschaft des Landrechts in diesem Nebenstreit um so mehr anwenden, als man sich wohl bewußt war, daß das Frankfurter statutarische Recht der Ehe auf die Grundsätze der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft gebaut ist, und der kinderlos zurückgelassenen Wittwe mehr Recht einräumt, als selbst unser Landrecht.

Was aber nun die zweite Bemerkung meines Herrn Collegen anlangt, so glaube ich doch, daß er nach Verdeutlichung der Meinungsverschiedenheit meine Ansicht theilt, daß nämlich der Erbtheilnehmer, als solcher und für sich allein betrachtet, keine Klage auf Errichtung eines Erbverzeichnisses nach

unsern Gesetzen hat. Es ist im Anfang der Entscheidungsgründe ausdrücklich angeführt, und wahrscheinlich von meinem Herrn Collegen übersehen worden, daß die Kläger irgend eine Gefahr weder angeführt noch bescheinigt haben. Wenn nun in der zweiten Entgegnung in Nr. 7 der Annalen gesagt wird, es seie eine Gefahr einer rechtswidrigen Beschädigung für einen Erbtheilnehmer stets anzunehmen, so wird dieß wohl dahin zu verstehen seyn, daß die Beschaffenheit seines Erbrechts zu dem eines Erbnehmers, oder des gesetzlichen Erben, von der Art seie, daß es durch Nichterrichtung eines Erbverzeichnisses in seiner Feststellung bedroht seie, und daß also die besondere Bescheinigung einer Gefahr hier in der Regel wegfalle, indem sie aus den thatsächlichen Verhältnissen von selbst folge. Dagegen habe ich um so weniger etwas einzuwenden, als ich wohl deutlich genug in den Entscheidungsgründen über diesen Punkt, nur etwas kürzer, das nämliche gesagt habe, indem ich anführte, es würden durch ein Inventar die einstigen Rechte Derjenigen gewahrt, die überhaupt ein Erbrecht ansprechen, ohne daß die Rechte des in den Besitz und die Gewähr eingesetzten Erben dadurch geschmälert würden. Soll aber die oben angeführte Behauptung meines Herrn Collegen dahin zu verstehen seyn, daß bei den thatsächlichen Verhältnissen des Erbtheilnehmers der Richter die Aufführung und die Bescheinigung einer Gefahr bei der Bitte um Errichtung eines Inventars gar nicht zu beachten und anzufordern, sondern solche selbst zu machen und zu suppliren habe, so widerspricht dieses der Vorschrift des §. 709, 711, 5 der Prozeßordnung, und kann und darf nicht geschehen, wenn man nicht unsere ganze auf die Verhandlungsmaxime gebaute Prozeßordnung über den Haufen werfen, und sie zu einem inquisitorischen Verfahren stempeln will. Ich bin überzeugt, mein Herr College giebt mir dieß selbst zu, und setzt deßhalb zu dem Ende seiner Bemerkung hinzu, vorausgesetzt, daß der Impetrant eine Gefahr behauptet, und solche aus den bestehenden thatsächlichen Verhältnissen bescheinigt hat.

Bei dieser Unterscheidung werden die angefochtenen Entscheidungsgründe mit Urtheil gänzlich gerechtfertigt seyn, denn, wie aus ihnen ganz deutlich zu entnehmen ist, so geschah die Abweisung der Kläger hinsichtlich des Inventars nur deßhalb, weil sie dazu kein persönliches für sich allein bestehendes Recht nachgewiesen haben. Daraus, daß die Kläger ohne irgend einen Beweisantritt so im Allgemeinen ein Erbrecht behaupteten, folgt für sie kein persönliches Recht zur Errichtung eines Inventars, und die gesetzlichen Erfordernisse zur rechtsbeständigen Bitte um eine einstweilige Verfügung haben sie nicht eingehalten, sonach fand ihr Gesuch nicht Statt.

Sander.

VII.

Hofgericht am Unterrhein.

Sind die Gerichte competent, über den Anspruch auf Almendgenuß, den Jemand aus seiner Eigenschaft als Gemeindsmitglied ableitet, zu erkennen?

Scharrnberger gegen Schneider.

Als ältester Bürger im Rang setzte sich Schneider in den Besitz von drei Almendstücken, die unmittelbar vorher der Vogt Scharrnberger als Besoldungstheil zu benutzen hatte, weil er davon ausgegangen war, daß dem nun auch zum Bürgermeister erwählten Scharrnberger die Besoldung durchgehends in Geld ausgeworfen worden sei.

Der Bürgermeister reclamirte aber jene bereits angeblümten Almendstücke gerade deßwegen, weil ihm die Gemeinde noch keine Besoldung, die jedenfalls von der Kreisregierung genehmigt werden müßte, bestimmt habe, wogegen der Beklagte vorschützte, daß bei Gelegenheit der Bürgermeisterwahl von Seiten des Klägers, was jedoch dieser widersprach, auf den fraglichen Almendgenuß verzichtet worden wäre.

Das Amt verfügte hierauf: daß A. Schneider die widerrechtlich in Besitz genommene Bürgermeisteralmend mit Zurücklassung der darauf befindlichen Früchte zu verlassen habe rc.

Dagegen ergriff Schneider den Recurs an die Großh. Kreisregierung, von welcher jedoch an das Amt rescribirt wurde, daß ein Recurs dorthin nicht Statt finden könne, weil das Gesuch des Bürgermeisters als eine Klage auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes und die amtliche Entschließung als ein rechtlicher Bescheid zu betrachten sei.

Nun appellirte Beklagter an das Großh. Hofgericht und bat, abändernd zu erkennen: daß Kläger mit seiner Besitzklage abzuweisen seie.

Auf hierüber gepflogene Verhandlung ergieng unterm 24. Febr. l. J. das hofgerichtliche

Urtheil:

Nach Ansicht der Verordnung vom 13. Aug. 1829 Regbl. Nr. XVIII. und in Erwägung,

1) daß nach dem §. 2 dieser Verordnung in dem Falle, wenn über den Genuß und die Vertheilung der Almenden Streitigkeiten entstehen und der Rechtsgrund des Anspruchs auf gewisse Almenden aus der Eigenschaft des Berechtigten als Mitglied einer Gemeinde abgeleitet wird, die Entscheidung aller darüber entstehenden Streitigkeiten ausschließend den Administrativbehörden zugewiesen ist;

In Erwägung,

2) daß der Beklagte in dem vorliegenden Fall den Rechts-

grund seines Anspruchs auf die bisher dem Kläger als Besoldungsemolument zugetheilten drei Almendgrundstücke nur aus seiner Eigenschaft als Gemeindsmitglied ableitet, indem er seinen Anspruch auf die Almendgrundstücke durch die Behauptung zu begründen suchte, daß der Kläger auf den Genuß dieser Almenden verzichtet und er als zunächst hierzu berechtigtes Gemeindsmitglied in deren Genuß einzurücken habe, weßhalb die Entscheidung der Frage: ob der Anspruch des Beklagten auf diese Almendstücke begründet sei oder nicht und ob sich derselbe hiernach mit Recht oder Unrecht den Besitz derselben zugeeignet habe? lediglich zur Competenz der Administrativbehörde gehört;

In Erwägung,

3) daß die gerichtliche Competenz auch dadurch nicht begründet werden konnte, daß der Kläger in dem an das Amt erstatteten Bericht die Bitte stellte, ihn wieder in den Besitz dieser ihm von dem Beklagten entzogenen Almendgrundstücke einzusetzen, indem den Administrativbehörden über alle derartigen zwischen Gemeindsgliedern über den Almendgenuß entstehenden Streitigkeiten ausschließend die Entscheidungsbefugniß zusteht, weßhalb die Competenz der Administrativstellen auch dann eintreten muß, wenn sich einzelne Gemeindsglieder die andern Gemeindsgliedern gehörigen Almendgrundstücke ungebührlich angemaßt haben und deßwegen von Letzteren Beschwerde erhoben wird;

In Erwägung endlich,

4) daß auch das Amt über die Beschwerde des Klägers nur im Administrativwege Verhandlungen pflog und auch nur im Administrativwege ein Erkenntniß ertheilte, indem dasselbe auf den von dem Beklagten eingelegten Recurs die Acten an die Großh. Kreisregierung eingesendet hat;

Aus diesen Gründen wird die von dem Beklagten gegen das amtliche Erkenntniß dahier eingeführte Berufung unter Verfällung desselben in die Kosten für unstatthaft erklärt und der Beklagte mit seiner Beschwerde gegen den amtlichen Bescheid an die Administrativbehörde verwiesen.

Anmerkung. Nach §. 713 der Prozeßordnung findet zwar allerdings eine Klage auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes Statt; wenn aber der Gegenstand des Besitzes durch ausdrückliche Gesetze zur Verhandlung und Entscheidung an die Verwaltungsstellen gewiesen ist, so muß sich der Richter, in Gemäßheit des §. 2 der Prozeßordnung, aller Einmischung enthalten. Die ablehnende Entscheidung der Verwaltungsbehörde darf den Richter, welcher vermöge §. 54 der Prozeßordnung selbst dann, wenn die Einrede der Incompetenz nicht einmal vorgeschützt worden ist, über seine Zuständigkeit ex officio zu erkennen hat, niemals binden. Darum konnte auch das Hofgericht die fragliche Sache von der Hand weisen, wenn gleich die mittlere Administrativstelle solche als zur richterlichen Cognition geeignet aus Gründen angesehen hat, welche nach Nr. 58 (erster Jahrgang) der Annalen nicht richtig zu seyn scheinen; denn ist einmal irgend ein Gegenstand ausschließend der Competenz einer Verwaltungsstelle anheim gegeben, so kann er dieser Behörde durch Anstellung einer Klage nicht entzogen und vor das Forum des Civilrichters gebracht werden, weil sonst die Grenzlinie zwischen beiden Gewalten ganz verwischt und das Gesetz umgangen werden würde. Da ein Amt sowohl Verwaltungs- als Richterstelle ist, so muß man, wenn ein in die Verwaltung einschlagender Gegenstand in Frage steht, allemal annehmen, daß das Amt als Administrativbehörde gehandelt habe. Zwischen den civil- und administrativrichterlichen Erkenntnissen ist jetzt ohnehin im Wesentlichen wenig Unterschied mehr, weil überall die Entscheidungsgründe beigefügt werden müssen.

Hier liegt nun ein negativer Competenzconflict vor, welcher, da die Organisation von 1809 Regbl. S. 491 lit. e., dann die Verordnung vom 11. Nov. 1821 Regbl. Nr. XIX. und die bloß in scriptis bestehende Staatsministerialentschließung vom 15. Januar 1824 Nr. 115 einen solchen Fall nicht vorgesehn haben, zu der Frage führt: wo der Beklagte, wenn er nicht zufrieden ist, sich hinwenden soll, um die Entscheidung dieses Competenzconflictes zu veranlassen? *)

Bayer.

*) Der §. 38 e. des Organisationsedicts von 1809 Beilage F. verweist zum Geschäftskreis der Ministerialconferenz (oder des jetzigen Staatsministeriums):

„Die Entscheidung in Competenzstreitigkeiten zwischen den Verwaltungsbehörden und Gerichten, besonders über die Frage: ob eine Sache zur gerichtlichen Erörterung sich eigne, oder nicht."

Es ist also kein Unterschied gemacht, ob die beiderseitigen Behörden gegenseitig die Sache an sich ziehen, oder dieselbe gegenseitig einander zuschieben wollen. In beiden Fällen ist es ein Streit über die Competenz und insbesondere über die Frage, ob die Sache sich zur gerichtlichen Erörterung eigne.

Wenn daher auch das Ministerium des Innern die Zurückweisung der Sache an den Civilrichter beschließen und in dieser Beziehung die Ansicht der Kreisregierung theilen würde, so müßte dieser negative Competenzstreit, wie es in mehreren Fällen schon geschehen ist, ebenfalls dem Staatsministerium zur Entscheidung vorgelegt werden.

D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 16. Karlsruhe den 19. April 1834.

I.

Hofgericht zu Rastadt.

Ueber die Kosten des Strafvollzugs in Ehrenkränkungssachen.

Die Frage kam hier zur Erörterung:
„Wer in Ehrenkränkungssachen die Kosten des Strafvollzugs zu bestreiten habe, wenn der Bestrafte wegen Armuth solche nicht ersetzen könne?"

Es zeigten sich hier zweierlei Ansichten. Die eine, der Regel des Strafrechts folgend, wies die Bestreitung jener Kosten dem Staate zu, die andere sprach sich dahin aus, daß der Kläger diese Kosten zu bestreiten habe, wenn es ihm daran liege, daß die Strafe vollzogen werde.

Für die erste Ansicht, jener der Majorität, lautet die Begründung: Das Verfahren in Ehrenkränkungssachen ist ein modificirter Beschuldigungsprozeß, der sich zwar dem Civilprozesse sehr nähert, aber doch nicht mit ihm identisch ist, sondern vermöge seines Gegenstandes und Zweckes, d. h. der Ermittelung einer strafbaren Handlung zum Behuf der Anwendung des Strafgesetzes, weit mehr dem strafrechtlichen Verfahren angehört. In diesem gilt aber die Regel, daß die Kosten des Strafvollzugs, d. h. der Anwendung des Strafgesetzes, dem Staate obliegen, wenn der Bestrafte nicht die Mittel hat, sie zu bezahlen. Dieser Satz findet sich in dem Art. 104 der peinlichen Gerichtsordnung deutlich ausgesprochen, und wurde durch §. 8 der Erläuterung zu unserem Strafedicte sogar dahin erweitert, daß der Beschuldiger auch niemals zum Kostenvorschuß angehalten werden darf. Daß der Kläger oder Beleidigte im unterstellten Falle nicht die Kosten zu bestreiten habe, ergiebt sich aus der Pflicht des Staates, dem Rechthabenden sein Recht zu gewähren, und aus den Bestimmungen des §. 161 und 162 unserer Prozeßordnung, wonach die Ertheilung des Armenrechtes ohne belastende Wirkung für den Gegentheil seyn und vielmehr auch dessen Befreiung von Kostenvorschüssen bewirken soll. Dem Beleidigten zuzumuthen, auf seine Kosten den Vollzug der Strafe an dem vermögenslosen Beleidiger zu bewirken, wäre augenscheinlich unbillig und der gesetzgeberischen Klugheit zuwider; für die Beleidigungen der Armen gegen Arme wäre das Strafgesetz eine nichtssagende hohle Drohung, die Ehre des Armen wäre also ohne Schutz gegen Arme, und eine Schaar nichtswürdiger Lumpen könnte mit der Ehre des Vermöglichen ohne Sorgen ihr Spiel treiben, und diesen in die traurige Wahl setzen, entweder sich Alles gefallen zu lassen, oder sie dafür noch für die Dauer des oft gar nicht gefürchteten Arrestes auf seine Kosten zu ernähren!

Für die andere Ansicht (eine Stimme) wurde folgendes vorgetragen: So lange man die Ehrenkränkungen als eine polizeiliche Sache erklärt hatte, und der Staat zu ihrer Untersuchung und Abwendung von Amtswegen einschritt, verstand es sich von selbst, daß der Staat alle aus seinem Einschreiten entstandene Folgen, also auch sämmtliche Kosten übernehmen mußte. Der Staat betrachtete damals die Ehre des Staatsbürgers als ein gemeinsames Eigenthum der ganzen staatsbürgerlichen Gesellschaft; allein durch das neue Gesetz hat er diesen Grundsatz verlassen und jeden einzelnen Staatsbürger zum unumschränkten Herr seiner Ehre erklärt, so daß solche ein vollkommenes Privatrecht geworden ist. Wenn nun aber der Staat zu der Wahrung dieses Rechtes Strafen vorschreibt, welche in seinen Anstalten erstanden werden, so folgt daraus noch nicht, daß die Kosten dieser Strafen vom Staat getragen werden müssen, denn sie haben dann doch nur den Zweck, das Privatrecht eines Bürgers zu wahren, und daraus folgt nicht für den Staat, d. h. für die Gesellschaft aller Staatsbürger, die Pflicht, diese Kosten zu tragen, sie bleibt zuerst auf dem schuldig befundenen Beklagten und ist dieser arm, so muß der Kläger, wenn er den Vollzug der Strafe verlangt, die Kosten tragen. Denn der Staat hat keine weitere Verbindlichkeit, als die Injurienklage zu verhandeln und ein Urtheil zu fällen, um den Vollzug hat er sich ex officio so wenig, als um den Vollzug eines privatrechtlichen Urtheils zu bekümmern und man hat unter dem neuen Gesetz dieß wohl noch nicht hinlänglich unterschieden. Wenn man auch sagt, der Staat habe die Ehre zu schützen, so ist dieß richtig, allein daraus

folgt nur, daß Verhandlungen zu pflegen und Urtheile zu fällen sind. Ist aber das Urtheil für den Kläger gefällt, so hat der Staat seine Pflicht erfüllt und hat dem Kläger durch Verurtheilung des Beklagten seine Ehre wieder ertheilt, wenn dieß überhaupt möglich wäre; verlangt nun der Kläger den Vollzug der Strafe, so liegt darin nicht seine Ehrenrettung, daß der Beklagte im Gefängniß sitzt, sondern sie lag schon darin, daß er nur verurtheilt wurde, zu sitzen, und das Verlangen der Strafe selbst geht wohl in allen Fällen auf die Rache des Klägers gegen den Beklagten zurück, wofür der Staat keine Kosten zu tragen hat. Es ist hier der ähnliche Fall des persönlichen Verhaftes in bürgerlichen Schuldsachen, wo der Kläger auch die Kosten des Verhaftes zu tragen hat und damit doch auch ein Privatrecht verfolgt, wie bei Injuriensachen. Eine Berufung auf §. 161 der Prozeßordnung reicht nicht aus, weil dieser sich nur auf die Verhandlung der Sache bezieht, nur in so weit ist er auch auf Injuriensachen anwendbar. Ueberdieß geht der §. 161 nur auf den Fall, wo der Reiche der Beklagte und also nicht die Ursache der Kosten ist, was im vorliegenden Fall umgekehrt eintritt. Der Gesetzgeber konnte denken, daß der Reiche sich eher von der Klage des Armen loskaufen wollte, wenn er jedenfalls Sporteln zahlen müßte, und deßwegen wird er befreit. Wollte man aber den zu einer Injurienstrafe verurtheilten Armen auf Kosten des Staates verpflegen, so könnte ein Armer dieß Mittel ergreifen, um sich auf Staatskosten zu nähren und wechselseitig könnten Arme dieß benützen. Der Staat ist nicht verpflichtet, sich hiezu herzugeben.

Gegen diese Ansicht wird noch folgendes eingewendet werden können:

1) Der Grundsatz: daß eine Injurie als solche nur als Gegenstand des bloßen Privatinteresses des Beleidigten zu betrachten und daher nicht von Amtswegen, sondern nur auf dessen Klage zu untersuchen und zu bestrafen sei, ist nicht neu; er bestand schon im römischen Rechte (Feuerbach, Lehrbuch des Pandectenrechts §. 292), und unsere vaterländische Gesetzgebung hat darin nie etwas geändert, obgleich sie die Abwandlung der Injuriensachen an die Polizeistellen gewiesen hat.

2) Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß die Strafgesetze zum großen Theile nur zum Schutz von Privatrechten gegeben sind, z. B. des Eigenthums. Ihr Endzweck ist Sicherung des Rechtszustandes, ihr näherer Zweck Abwendung von Rechtsverletzungen. Strafdrohung und Strafvollzug erscheinen als die Mittel, wovon Letzteres die Wirksamkeit des Ersteren bedingt, denn ohne Vollzug wird Strafdrohung eine Lächerlichkeit!

3) Bei den Privatdelicten geschieht die Strafandrohung ebenfalls zum Schutz des Rechtszustandes, zur Handhabung der öffentlichen Ordnung, und zur Abwendung der Selbsthülfe; aber weil hier das Privatinteresse des Verletzten am stärksten hervortritt, so ist die Drohung stillschweigend an die Bedingung geknüpft: „wenn der Verletzte den Vollzug verlangt.“ In dieser liegt nicht die Bedingung: „wenn er den Vollzug bewirkt,“ — sie geht nicht weiter, als auf jene Willensäußerung des Verletzten; wie sie erfolgt ist, so kommt die Sache ganz in den Stand der unbedingten Strafgesetze, es ist nun eine Forderung des öffentlichen Interesses, dem Strafgesetze durch den Vollzug seine Wirksamkeit zu versichern, damit der Zweck der Strafgesetze, Sicherung des Rechtszustandes mit Aufhebung der Selbsthülfe, auch hier nicht vereitelt werde. Aus diesem Grunde folgt, daß der Staat auf seine Kosten für den Strafvollzug sorgen muß, selbst wenn der Strafbare keine Mittel hat, ihm solche zu ersetzen.

4) Aber wenn der Staat zum Schutze irgend eines Privatrechtes Strafgesetze erläßt, übernimmt er damit nicht auch gegen Diejenigen, die nun von keiner Selbsthülfe mehr Gebrauch machen dürfen, die Pflicht, diesen Schutz ernstlich und vollständig zu gewähren und auf eine Weise, daß sie dabei nicht in positive Nachtheile kommen! Wäre dieser Schutz vollkommen, wenn der Beeinträchtigte in die Lage kommen könnte, den Vollzug des Schutzmittels auf eigene schwere Kosten zu bewirken, z. B. den Verläumder zwei Jahre im Gefängniß zu erhalten?

5) Die Bestrafung des Injurianten geschieht zunächst weder zur Ehrenrettung noch zur Rachebefriedigung des Beleidigten; sie geschieht nach dem Zwecke aller Strafen allernächst zum Schutz gegen fernere Angriffe auf die Ehre, durch Wahrmachen der Drohung, ohne welchen Schutz die öffentliche Ordnung im Staate nicht bestehen könnte, da bekanntlich nichts mehr zur Selbsthülfe anreizt, als Angriffe auf die Ehre. Hat je in einer Beziehung die Gesetzgebung Grund, dem Rachetriebe durch Surrogirung des Strafvollzugs zu genügen, so wäre es hier, — dieser Zweck kann aber nur erreicht werden, wenn der Staat die erkannte Strafe vollzieht, sobald der Verletzte es verlangt, ohne daß dieser hiebei für die Mittel zu sorgen hat; andernfalls würde der Selbsthülfe ein weites Thor geöffnet.

6) Die Gesetze über den persönlichen Verhaft in Civilsachen begründen keinen Schluß hierher, dort ist der Verhaft ein Sicherungsmittel für die Erfüllung von Leistungen, hier ist er Vollzug eines Strafgesetzes für Abwendung von Rechtsverletzungen und zur Erhaltung des Ansehens der Gesetze!

7) Die Prozeßordnung §. 161 spricht allgemein; weder sie noch sonst ein Gesetz kennt diesen Unterschied. Auch kann der Reiche recht gut in den Fall kommen, gegen den Armen zu klagen, z. B. bei Umstoßungsklagen, Besitzklagen.

8) Sollte man als Regel bei den Armen den Grad von Verdorbenheit oder den Grad fürchterlicher Noth annehmen können, daß es nöthig wäre, der am Schlusse geäußerten Besorgniß entgegen zu arbeiten (was gewiß nicht der Fall ist), so wäre die Vorkehr bei den Injuriensachen doch nur eine halbe Maßregel, — die durch Hungersnoth Gepeinigten könnten ja auch durch andere Vergehen, als Tumulte, rachsüchtige Beschädigungen, Diebstähle, den Staat zur unfreiwilligen Ernährung in der Strafanstalt nöthigen!

Aschbach.

II.

Ueber das Vorzugsrecht des Kaufbesorgers oder Versenders nach Handelsrechtssatz 93, 94.

Früher einmal zu Rath gezogen über die Auslegung des Handelsrechtssatzes 93 und 94, ob nämlich dieser Satz ein Vorzugsrecht nur für die im Interesse der besorgten Waaren selbst gemachten Vorschüsse enthalte, oder ob das Vorzugsrecht überhaupt auf die gegen diese Waaren hin vom Kaufbesorger gemachten Vorschüsse zu verstehen seie, ist mir in neuerer Zeit abermals ein ähnlicher Streitfall vorgekommen, weßhalb eine Auslegung des fraglichen Satzes bei seiner nicht seltenen Anwendung nicht unwillkommen seyn wird.

Es ist wohl im Allgemeinen richtig, daß Vorzugsrechte an sich außerordentliche Rechte, und daher nicht ausdehnend zu erklären sind. Da nun die H. R. S. 93 und 94 ihrem Wortlaut nach ganz ungezwungen auf die zum Besten und nur im Interesse der Waaren selbst gemachten Vorschüsse bezogen werden können, und dieses Vorzugsrecht des Kaufbesorgers oder Versenders mit dem im L. R. S. 2102 Nr. 3 Statt gegebenen Vorzugsrecht der auf eine Sache zu ihrer Erhaltung aufgewendeten Kosten zusammentrifft, so ließe sich annehmen, daß das Vorzugsrecht der H. R. S. 93 u. 94 sich nur auf die im Interesse der Waare selbst gemachten Vorschüsse bezieht, womit es hauptsächlich auf die Transport-, Abladungs-, Zoll-, Magazinirungs- und eigentliche Erhaltungskosten beschränkt wäre.

Allein es ist schon im H. R. S. 1 b. mit Grund vorgeschrieben, daß in Handelssachen die Handelsrechtsgesetze eine dem bürgerlichen Gesetz vorzuziehende Rechtsähnlichkeit abgeben, und ein im bürgerlichen Gesetz beschränktes Vorzugsrecht ist daher in Handelssachen nicht so geradezu auch als beschränkt anzunehmen, sondern man hat vielmehr die allgemeinen Handelsgrundsätze und den ganzen Gang des Handels vorerst zu untersuchen, um daraus zu entnehmen, ob nicht damit ein ausgedehnteres Vorzugsrecht eher zusammentrifft, denn ein beschränkteres. Nun ist es aber eine allgemeine Vorkommenheit des Handels, und insbesondere eine bekannte Thatsache des durch Zwischenhändler besorgten Waarenhandels, daß der Eigenthümer und Verkäufer seine Waaren ohne schon vorher geschehenen Verkauf herumsendet, und darauf sogleich durch Ziehung von Wechseln oder Anweisung auf Zahlungen einen Theil des Werths zum Vortheil seines Handels erhebt, er könnte dieß aber nicht thun, wenn nicht der Empfänger der Waaren, welcher solche Wechsel honorirt, und Handelszahlungen darauf gemacht hatte, nicht in den empfangenen Waaren eine Sicherheit für seine Vorschüsse an ihren Herrn hätte, und so ist daher zum Vortheil des gesammten Waarenhandels im H. R. S. 93 und 94 ein für alle Arten von Vorschüsse an den Herrn der Waare geltendes Vorzugsrecht auf diese Waaren und ihren einstigen Verkaufserlös anzunehmen. Gerade weil der H. R. S. 93, 94 ganz im Allgemeinen von Vorschüssen auf die Waaren spricht, konnte er eine Beschränkung auf die nur im Interesse der Waaren geschehenen Auslagen nicht verstehen, denn sonst wäre die ganze Vorschrift überflüssig gewesen, indem diese Auslagen schon für sich durch den L. R. S. 2102 Nr. 3 und 6 gedeckt und mit Vorzugsrecht gesichert sind. Jeder Zweifel, den man aber etwa noch hätte, schwindet durch die Betrachtung des H. R. S. 95. Die H. R. S. 93 und 94 geben nämlich die nähere Bestimmung des Vorzugsrechts dahin ab, daß es auf den Besitz der Waaren in eigenem Magazin, oder in öffentlichem Magazin, oder wenigstens auf den Umstand bedingt ist, daß der Kaufbesorger oder Versender den Frachtschein besitzt, und darthun kann, daß sich die Waaren mit der Bestimmung auf ihn unter Wegs befinden, alsdann ist sein Vorzugsrecht gewahrt, und er geht nach H. R. S. 94 im Erlös der für Rechnung des Bestellers verkauften Waaren allen andern Gläubigern des Bestellers vor, ohne eines weitern Umstands zur Wahrung seines Vorzugsrechts zu bedürfen. Der unmittelbar folgende H. R. S. 95 setzt nun augenscheinlich das Vorzugsrecht der Sätze 93 und 94 voraus, und bestimmt, daß es auf die auf Verlangen eines Andern hinterlegten, oder mit Beschlag bestrickten Waaren, welche dadurch aus dem juristischen Besitz des Zwischenhändlers gekommen sind, nur in so fern mit Vorrang gegen diesen Dritten gelte, als der Zwischenhändler die Förmlichkeiten des Faustpfands gewahrt hat. Also nur dieses mehr wird von ihm verlangt, und im übrigen bleibt sein Vorzugsrecht das gleiche, wie es die Sätze 93 und 94 bestimmen, da nun aber der S. 95 bei diesem Vorzugsrecht ausdrücklich der Darleihen auf die Waaren erwähnt und der Zahlungen darauf ohne alle Einschränkung, solches aber gewiß keine nur im Interesse der Waaren allein gemachte Vorschüsse sind, so dehnt er das Vorzugsrecht des Kaufbesorgers ausdrücklich auf alle Vorschüsse auf die Waaren aus, und es ist daher diese Ausdehnung auch auf die Sätze 93, 94 anzu-

nehmen, indem der S. 95 nichts anders ist, als die nähere Bestimmung des Vorzugsrechts des S. 93, 94, in Beziehung auf einen andern Gläubiger des Bestellers, welcher die Waaren mit Beschlag oder wenigstens mit Hinterlegung bestrickt hat. Es trifft diese Auslegung auch mit dem Code de commerce überein, wovon unsere H. R. S. 93, 94, 95 nur Uebersetzungen seiner Art. 93, 94, 95 sind, und in einem vorgekommenen Fall hat auch der Cassationshof in Paris den 22. Juli 1817 dafür entschieden. Uebrigens folgt noch aus dem H. R. S. 95 per argumentum e contrario, daß der Zwischenhändler gegen andere Gläubiger des Bestellers zur Wahrung seines Vorzugsrechts irgend einer Förmlichkeit nicht bedarf.

Das Vorzugsrecht des Zwischenhändlers ist jedoch nur aus Gunsten des allgemeinen Waarenhandels entstanden, und daher auf den Fall zu beschränken, wo der vom Wohnort des Zwischenhändlers entfernte Besteller die Waaren versendete; wenn der Eigenthümer der Waare und der Zwischenhändler am nämlichen Ort wohnen, so wird ihm wenigstens in Frankreich — Pailliet ad art. C. c. 95 — dieses Vorzugsrecht verweigert, weil es sonst ein leichtes Mittel wäre, den Förmlichkeiten des Faustpfandvertrags zu entgehen und damit bei einem Falliment das Vermögen der Masse zum Schaden der übrigen Gläubiger sehr zu vermindern. Schließlich ist noch zu bemerken, daß das Vorzugsrecht des Zwischenhändlers nach H. R. S. 243 selbst dem Recht des Verkäufers auf Zurücknahme der Waaren vorangeht, denn er muß der Schuldmasse, und in so fern dem Zwischenhändler als dem bevorzugten Gläubiger in dieser Hinsicht alle Kaufbesorgungsvorschüsse zum Voraus ersetzen, wenn er die Waaren zurücknehmen will. Aus der allgemeinen Begünstigung dieses Vorzugsrechts, und insbesondere aus dem Umstand, daß es meistens gegen entfernte Handelsleute als Eigenthümer der Waaren erworben wird, von deren Vermögensstand der Zwischenhändler weniger Kenntniß hat, und wo also eine Gefährde weniger anzunehmen ist, hat man auch in Frankreich entschieden und angenommen, daß das Vorzugsrecht des Zwischenhändlers nicht unter die Vorschrift des mit unserm H. R. S. 210 übereinstimmenden Art. 443 fällt, wornach es nicht in den dem Ausbruch des Zahlungsunvermögens vorhergehenden zehn Tagen erworben werden konnte. Pailliet ad art. 443.

Sander.

III.

Hofgericht zu Rastadt.

Ist der in L. R. S. 2279 vorkommende Ausdruck: entwendete Sachen nur auf die Fälle eines eigentlichen Diebstahls zu beschränken, oder auch auf die Fälle auszudehnen, wobei durch eine dolose Handlung des Inhabers, als Unterschlagung, gewinnsüchtige Entäußerung, das anvertraute Gut dem Eigenthümer widerrechtlich entzogen wurde?

Ein Aufbewahrer hatte böslicher Weise die hinterlegte Sache einem Dritten verkauft und sich den Kaufpreis zugeeignet. Der Hinterleger stellte gegen diesen Käufer die Eigenthumsklage aus L. R. S. 2279 an; — dieser entgegnete: er habe in gutem Glauben gekauft; jener Satz sei nur von Entwendungen zu verstehen, die einen eigentlichen Diebstahl im strafrechtlichen Sinne darstellten; der Unterrichter pflichtete dieser Ansicht bei und wies die Klage ab; der hofgerichtliche Referent war gleicher Ansicht, die Mehrheit des Gerichtshofes aber anderer Meinung, und willfahrte daher durch abänderndes Urtheil dem Gesuche des Klägers.

Der Referent begründete seine Ansicht mit folgender Ausführung:

Die Gestattung einer Vindication ist dem Besitzer, die Versagung derselben dem Eigenthümer nachtheilig. Bei diesem Collissionsfall ist es die Aufgabe der Gesetzgebung gewesen, die Vindication zu gestatten oder zu versagen, je nachdem für den Einen oder den Andern mehr die Billigkeit spricht, je nachdem der Eine oder der Andere mehr mit der Gefahr einer Beeinträchtigung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bedroht erscheint. Hienach muß der Eigenthümer für die Fälle, wo die Entziehung des Besitzes gegen seinen Willen geschieht, durch Gestattung der Vindication geschützt werden. Hat er sich aber mit Wissen und Willen selbst des Besitzes begeben und solchen einem Andern übertragen, so verhält es sich anders; hier konnte er sich vorsehen, ob der Andere eine seines Vertrauens würdige Person sei; daß er ihm vertraut, ist eine Wagniß auf seine Rechnung und Gefahr. Diesen Grundsatz drücken die deutschen Rechtssprichwörter aus: „Hand muß Hand wahren," — „wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen!" Ihm huldigt auch unbedingt unser Landrecht im Satz 2279, da es bei Fahrnißstücken den Besitz als Rechtsurkunde anerkennt und nur ausnahmsweise bei verlorenen und entwendeten Fahrnissen eine Vindication zuläßt. Unter Entwendung ist nun freilich in weiterer Bedeutung eine rechtswidrige Bemächtigung einer beweglichen Sache mit der Absicht eines unerlaubten Gewinnes zu verstehen, was auch die Fälle der Unterschlagung in sich begreift. Allein in dem fraglichen Gesetz muß dieser Ausdruck in der engeren Bedeutung eines eigentlichen Diebstahls genommen werden. Dafür sprechen, im nächsten Blatte, folgende Gründe.

(Beschluß folgt.)

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 26. April 1834.

I.

Hofgericht zu Rastadt.

Ist der in L. R. S. 2279 vorkommende Ausdruck: entwendete Sachen nur auf die Fälle eines eigentlichen Diebstahls zu beschränken, oder auch auf die Fälle auszudehnen, wobei durch eine dolose Handlung des Inhabers, als Unterschlagung, gewinnsüchtige Entäußerung, das anvertraute Gut dem Eigenthümer widerrechtlich entzogen wurde?

(Beschluß.)

1) Der Ausdruck „entwendet" wird nicht nur in der Sprache des bürgerlichen Lebens, sondern sogar in der gerichtlichen Sprache regelmäßig in einem engeren Sinne, nämlich gleichbedeutend mit gestohlen und geraubt gebraucht, und bezeichnet beide Qualitäten mit Ausschluß der Unterschlagung.

2) Hat nun ein Wort einen weiteren und engeren Sinn, so muß der ganze Zusammenhang, Geist und Zweck des Gesetzes entscheiden, in welchem Sinne der gebrauchte Ausdruck verstanden werden müsse. Als Regel wird im S. 2279 aufgestellt, daß der Besitz bei Fahrnißstücken als Rechtstitel gilt, und daß sohin Vindication gegen diese unzulässig ist, als Ausnahme aber ist sie beibehalten bei verlorenen und entwendeten Sachen. Nimmt man nun das Wort „entwendet" im weiteren Sinne, so zerfällt damit die ganze Regel, weil es alsdann keinen Fall gäbe, in welchem die Vindication nicht angestellt werden könnte. Denn so wie der Eigenthümer den Besitz einer Sache einem Andern anvertraut und dieser sich des Besitzes wider oder ohne Willen des Eigenthümers entäußert, wäre eine Entwendung vorhanden, weil der Aufbewahrer dadurch eine widerrechtliche Handlung begeht. Kann derselbe auch in moralischer Hinsicht dem Diebe gleich kommen und selbst noch eine Stufe tiefer stehen, so können doch einzelne Fälle und ins Unendliche gehende moralische Abstufungen bei einem bürgerlichen Gesetz als bindende Norm nicht angesehen werden. Das Gesetz wollte die Vindicationen bei Mobilien beschränken und sie nur als Ausnahme bestehen lassen, wie sollte es einem bei der Ausnahme gebrauchten Ausdrucke eine Bedeutung beilegen, wodurch die ganze Regel überflüssig würde?

3) Dieß tritt aber noch klarer hervor, wenn man die Landrechtssätze 2280 und 1141 und die Brauerischen Erläuterungen zu der letzteren Gesetzstelle vergleicht. — Im L. R. S. 2280, welcher wieder eine Ausnahme von der Ausnahme enthält, werden bloß gestohlene Sachen genannt, ohne daß man wird behaupten wollen, bei geraubten oder entwendeten Sachen in jenem ausgedehnten Sinne (wenn man dieses annimmt) trete dieser Ausnahmsfall nicht ein. Sollte im L. R. S. 2279 durch den Ausdruck „entwendet" eine besondere Qualification angedeutet werden, so hätte dieser Ausdruck auch im L. R. S. 2280 gebraucht werden müssen. Der L. R. S. 1141 aber bestimmt, daß da, wo Jemand ein Fahrnißstück zwei Personen nach einander zu liefern zugesagt, der den Vorzug verdiene und Eigenthümer werde, der in den Besitz einer Sache gesetzt werde, vorausgesetzt, daß er ein redlicher Besitzer sei. Nimmt man nun als richtig an, was auch Brauer thut, daß durch die bloße Uebereinkunft unter den Contrahenten das Eigenthum der zu liefernden Sache auf den übergieng, dem sie zuerst zugesagt ward, und daß der frühere Eigenthümer zur Zeit, wo er sie dem zweiten versprach und übertrug, nichts weiteres als Aufbewahrer dieser Sache war, so hat er widerrechtlich gehandelt, sich einer Entwendung in jenem allgemeinen Sinne schuldig gemacht und es müßte daher auch dem wirklichen Eigenthümer eine Vindication zur Seite stehen, was ja aber nicht der Fall ist, dieß erkennt Brauer an, und doch stellt er in seinen Erläuterungen zu Satz 2279 eine Regel auf, der dieses Beispiel geradezu widerspricht.

4) Vergleicht man nun aber noch den französischen Originaltext des Art. 2279 und 2280, so findet man, daß in beiden Gesetzstellen das Wort „voler" gebraucht ist; Brauer irrt sich also, wenn er behauptet, dieses Wort sei seinem Sinn gemäß einmal durch entwendet und einmal durch gestohlen übersetzt. Denn „voler" heißt nur

stehlen und rauben, hat keine umfassendere Bedeutung, sondern für entwenden in dem weiteren Sinne wird im Französischen derober gebraucht. Da, wie Brauer selbst gesteht, nichts dem Original Widersprechendes, oder mehr, als dieses bestimmt, festgesetzt, sondern dasselbe nur übersetzt werden sollte, so kann man auch unter dem gebrauchten Ausdrucke „entwendet" nur das verstehen, was das Original bestimmt, nämlich gestohlene und geraubte Sachen.

Der Opponent trug zur Widerlegung und Begründung der Ansicht der Majorität Folgendes vor:

1) Mag auch der Ausdruck „entwendet" in der Wissenschaft, vor Gericht und im gemeinen Leben hie und da im eingeschränkteren Sinne genommen werden; so dient er doch auch sehr passend zu der generelleren Bezeichnung aller gewinnsüchtigen Vergehen gegen fremde Fahrniß, abgesehen von dem Unterschied in der Form der äußeren Begehungsart, und alsdann umfaßt er auch die Unterschlagungen. Daß aber diese allgemeinere Bedeutung wirklich in der Wissenschaft, wie im gemeinen Leben vorkommt, beweisen gerade die angezogenen Stellen aus Brauers Erläuterungen (Bd. III. S. 71, Bd. IV. S. 346), worin dieser an Erfahrung und Wissen reiche Denker sagt:

„der Begriff der Entwendung geht auf jede fremde Sache, welche man ohne oder wider Willen des Eigenthümers und ohne Schein Rechtens, bloß aus Eigenmacht oder Gewinnsucht an sich nimmt, obgleich man sie etwa zuvor in Gewahrsam hatte."

2) Daß bei der Annahme des weiteren Wortsinnes die ganze Grundregel: „bei Fahrniß gilt der Besitz als Rechtsurkunde," wegfallen müsse, ist unrichtig; sie bleibt bestehen hinsichtlich aller Veräußerungen, wobei die innere Triebfeder in keiner Entfremdungsabsicht bestand; dergleichen sind in Menge denkbar; z. B. die Erben eines Aufbewahrers verkaufen die hinterlegte Sache, weil sie irrig glauben, sie sei ihres Erblassers Eigenthum.

3) Daß S. 2280 bei Bestimmung der Ausnahmen von S. 2279 sich des Ausdruckes: „gestohlene Sachen" bedient, kann nicht zur Beschränkung des S. 2279 als des die Regel aussprechenden Hauptgesetzes benutzt werden, nach der bekannten Auslegungsregel: „Gesetzstellen, die nur mit allgemeiner Beziehung oder beiläufig von einem Gegenstand handeln, sind mit der Stelle, wo der eigentliche Sitz der Lehre ist, möglichst in Uebereinstimmung zu bringen." (Oberh. Jahrb. III. 281). Vielmehr muß aus S. 2279 jene abweichende Bezeichnung des S. 2280 erläutert und hienach in dem weiteren Sinne, wie „entwendet" verstanden werden, was auch von Brauer Erl. IV. 345 so erklärt wird. — Vermöge derselben Auslegungsregel zerfällt denn auch die Folgerung aus S. 1141. Wenn dieses Gesetz mit dem S. 2279 nicht ganz vereinbar erscheint, so muß bei ihm eine Abweichung, eine Ausnahme angenommen werden; sonst könnte man aus S. 1141 auch den Cardinalsatz: — „Bei Fahrniß gilt Besitz als Titel," — dahin beschränken, daß der Besitz ein redlicher seyn müsse, obgleich das Gesetz nach Wort und Geist diese Beschränkung gar nicht kennt (Brauer l. c. III. 71).

4) Auch französische Rechtslehrer verstehen im art. 2279 des C. N. die Worte: „vol, chose volée" nicht eingeschränkt vom eigentlichen Diebstahle, sondern auch von dem Falle, da Jemand eine fremde Sache wissentlich veräußert hat. Namentlich thut dieß Pigeau, wie Zachariä in seinem Handbuch zweite Aufl. I. 251 bemerkt. Eines offenbaren Irrthums in der Uebersetzung kann also Brauer nicht beschuldigt werden. Derselbe hat übrigens in seinen Erläuterungen Bd. 3, S. 72 ausdrücklich erklärt:

„man habe bei der Uebersetzung vorbedächtlich des Ausdrucks „gestohlen" sich enthalten und bloß „entwendet" gesagt, um damit anzudeuten, daß man nicht bloß Entfremdungen in peinlicher, sondern auch solche in bürgerlicher Hinsicht bezeichnen wolle,"

und im vierten Bande S. 345 fügte er bei:

„Unser Gesetz drückt das französische Wort „volé" seinem Sinne gemäß, das einemal durch „entwendet," das anderemal durch „gestohlen" aus, anzudeuten, man dürfe hier nicht auf jenem strengen Sinn stehen bleiben, der mit dem Diebstahl im peinlichen Recht verbunden ist, und der nur auf solche fremde Sachen Anwendung findet, deren Gewahrsam man nicht hatte, — wo hingegen unser Begriff der Entwendung auf jede fremde Sache geht, — — — ob man sie gleich zuvor in Gewahrsam hatte."

Diese Erklärung des Redacteurs unseres Landrechtes beurkundet, daß die Wahl des Wortes „entwendet" jedenfalls eine absichtliche Modification des franz. Gesetzbuches durch Annahme des ausgedehnteren Sinnes bewirken sollte, es würde also die nach französischem Texte mögliche Streitfrage für uns als entschieden zu betrachten seyn.

5) Ohne diese Erklärung stünden übrigens mehrere Sätze des Landrechtes im auffallenden Widerspruche, z. B. Satz 1238, 2239. Aus dem erstern folgt nämlich, daß der Eigenthümer seine Sachen, die ein Anderer unbefugt als Zahlungsmittel an einen Dritten abgetreten hat, von diesem Dritten zurückfordern kann, wenn sie noch im Stück vorhanden sind, ja, daß er sogar, wenn sie vertreibar sind, und unredlicher Weise verbraucht wurden, den Ersatz begehren darf. Die Fälle, wo der Zahlende die fremde Sache befugtermaßen in seinem Gewahrsam hatte, und unredlicher Weise sie als Mittel zur Tilgung einer Verbindlichkeit gebraucht, stellen aber gewiß eben so gut eine eigennützige Entfremdung dar, als wenn der Aufbewahrer die fremde Sache in der

unredlichen Absicht veräußert, sich den Erlös zuzueignen. S. 2239 sagt: „Diejenigen, welche von Pächtern, Aufbewahrern und andern gunstweise innehabenden Personen (détenteurs précaires) eine Sache durch einen Titel überkommen, der in sich geeignet ist, Eigenthum zu übertragen, können sie ersitzen." — Daß hiebei bewegliche Sachen nicht ausgeschlossen sind, wird unzweifelhaft durch die Erwähnung der Aufbewahrer (dépositaires); denn nach Satz 1918 sind nur bewegliche Sachen Gegenstand der Aufbewahrung. Hätte aber der dritte Erwerber in diesem Falle eine Verjährung nöthig, wenn ihn der Besitz allein schon gegen die Ansprüche des Eigenthümers sicher stellte; wenn nicht auch hier die unbefugte Veräußerung des Aufbewahrers dem Eigenthümer das Vindicationsrecht einräumte, wie es S. 2279 Abs. 2 bei Entwendungen ihm ertheilt?

Uebrigens hat Zachariä, der in der zweiten Aufl. seines Handbuchs I. 251 Brauers Ansicht theilte, sich jetzt, in der dritten Auflage I. 356, Not. 8, für die engere Auslegung erklärt; er beruft sich jedoch nur auf Sirey, ohne dessen Gründe anzuführen. Aschbach.

II.

Competenz in dem Streit über ein Testament, welches ein im Großherzogthum sich aufhaltender und nachher darin verstorbener Ausländer zu Gunsten badischer Staatsangehörigen errichtet hat.

Rudolph Hasler aus Mennedorf im Canton Zürch gebürtig, zog sich seiner seit Jahren leidenden Gesundheit halber aus Handelsgeschäften, in welchen er während längerer Zeit im obern Elsaß, zuletzt namentlich in Mühlhausen gestanden, zurück, und begab sich, nachdem er seine Angelegenheiten durch einen Vertrag mit seinem letzten Gesellschaftsgenossen Ch. zu M. geordnet, nach Freiburg, um daselbst unter der Obsorge eines ihm empfohlenen Arztes ausschließlich den Rücksichten seiner Gesundheit zu leben, wozu ihm auch seine Vermögenslage alle Mittel darbot, indem man ihn in Mühlhausen allgemein für einen Mann von 130,000 bis 150,000 Fr. hielt. Nachdem er sich mehrere Monate in Freiburg aufgehalten, starb er daselbst am 4. Decbr. 1832, mit Hinterlassung eines wenige Tage zuvor, am 30. Novbr., errichteten eigenhändigen letzten Willens, in welchem er außer seiner Schwester St. von Mennedorf verschiedene Personen von Freiburg, die sich durch mehr oder weniger wichtige Dienste und Gefälligkeiten seine Zuneigung erworben hatten, mit zum Theil sehr beträchtlichen Legaten von 15,000 Fr., 10,000 Fr. rc. bedachte, und auch den dortigen Armenanstalten eine namhafte Summe vermachte. Das Testament ward von dem Vorstande des Stadtamtes Freiburg sogleich nach Haslers Tod unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten eröffnet und beurkundet. Diese Behörde erklärte sofort das Stadtamtsrevisorat für competent zur Vornahme des Verlassenschaftgeschäfts, so weit dieses daselbst vor sich gehen konnte, nachdem sich die hierländischen Stückvermächtnißnehmer gemeldet hatten. Auch ließ das Stadtamt Freiburg das von den Vermächtnißnehmern, dem L. R. S. 1014 gemäß, gestellte Begehren an die Intestaterbberechtigten (Geschwister in Mennedorf) um Auslieferung der Erbstückvermächtnisse den letztern urkundlich eröffnen. Die Verwandten Haslers weigerten sich jedoch, das Testament als gültig anzuerkennen. Es entspann sich bei dem Stadtamte Freiburg (nachdem die Vermächtnißnehmer eben eine Klage auf Anerkennung des Testaments bei derselben Stelle eingereicht, das Stadtamt aber darüber vor gesonderter Entscheidung des Competenzpunktes zu erkennen sich geweigert hatte) ein Streit zunächst über die Zuständigkeit der hierländischen Gerichte, in welchem die Intestaterbberechtigten freiwillig die Rolle der Kläger übernahmen und das Begehren stellten: die Legatarien mit ihrem Gesuch um Bewerkstelligung der Eröffnung und des Vollzugs des Haslerschen Testaments von der „hiesigen" incompetenten Instanz abzuweisen und sie in die Kosten zu verfällen. Die Legatarien dagegen baten hierauf, daß das Großh. Stadtamt sich, unter Verfällung der Intestaterben in die Kosten, für den über das Testament des R. Hasler entstehenden Streit als competent und die Kläger für verbunden erkläre, binnen drei Wochen mit einer Testamentsanfechtungsklage vor diesem Stadtamte aufzutreten, widrigenfalls das Testament auf Anrufen der Legatarien als von ihnen anerkannt und vollzugbar erklärt werden würde. Nach gepflogenen Verhandlungen erkannte das Stadtamt auch wirklich:

> „die Competenz des Stadtamtes Freiburg in dem über das Rudolph Haslersche Testament entstehenden Streite werde für begründet erkannt, die Kläger haben die Kosten dieses Competenzstreites zu tragen (mit Ausnahme jener wegen geforderter Caution, die den Beklagten zufallen) und sie seien verbunden, binnen vier Wochen mit einer Testamentsanfechtungsklage dahier um so gewisser aufzutreten, als sonst auf Anrufen der Beklagten das Rudolph Haslersche Testament als von den Klägern anerkannt angenommen und zu dessen Vollzug geschritten werden würde.

Die Intestaterben führten gegen dieses Erkenntniß die Berufung aus, das Hofgericht des Oberrheins bestätigte aber das stadtamtliche Erkenntniß lediglich und verfällte die appellantischen Intestaterben auch in die Kosten der zweiten Instanz.

Die Ausführungen der Parteien enthielten im Wesent-

lichen Folgendes: Die Kläger beriefen sich auf die Landrechtssätze 110, 822 und 6 c., sodann auf das sechste Constitutionsedict §. 4, auf die Autoritäten von Zachariä und Brauer über den Wohnsitz und das hierdurch bei Erbschaften bestimmte Forum, das im vorliegenden Falle bei dem franz. Tribunal zu Altkirch sei, unter welches Mühlhausen gehört. Aus den Sätzen 822 und 6 c. wurde insbesondere ausgeführt, der erstere (S. 822), welcher die Klage über Erbschaftstheilungen vor den Gerichtsstand des liegenden Erbes verweise, sei hierfür das specielle Gesetz, welches nach dem S. 6 c. den Vorzug vor dem, wenn gleich spätern, doch allgemeinen Prozeßgesetze verdiene. Das Erbe liege aber in Mühlhausen, dorthin hätten sich daher die Legatarien zu wenden. Die Legatarien hätten ferner die Vorschriften des L. R. S. 1007 noch nicht befolgt. Weiter: wenn auch die Legatarien hierlands in allen Instanzen siegten, so sei dennoch das Urtheil auf Einsprache der Intestaterben einer abermaligen Prüfung vor den französischen Gerichten unterworfen. In der zweiten Instanz wurde noch die Bestreitung der Legitimation nachgeschoben, und darzuthun versucht, daß bis auf zwei Personen, Prof. W. und die Armenspitäler, alle übrigen Vermächtnißnehmer so unbestimmt bezeichnet seien, daß man ihre Identität mit der auftretenden nicht erkennen könne. Hierbei nahm der appellantische Anwalt Anlaß, aus den Bestimmungen des Testaments sowohl als aus außerhalb desselben angeblich gesammelten Thatsachen nachzuweisen, daß der Erblasser bei Verfassung des Testaments geistesabwesend gewesen sei.

Für die Legatarien dagegen ward vorgetragen: Nach L. R. S. 3 a. seien die Gesetze über das Gerichtsverfahren und jene über Form und Gültigkeit der im Lande verrichteten Rechtsgeschäfte anwendbar auf Inländer und Ausländer. Es könne hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß die neue Prozeßordnung zur Anwendung komme. Nach den §§. 8, 17 Nr. 1 und 4, 7, 45 und 47 der Prozeßordnung sei aber bei einem Ausländer, der im Inlande keinen Wohnsitz habe, überhaupt insbesondere aber für persönliche Verbindlichkeiten, die er im Großherzogthum contrahirte (§. 47), und in Verlassenschafts- und Erbtheilungssachen, für Klagen, wodurch Erbschaften und Vermächtnisse in Anspruch genommen werden rc. (§. 17 Nr. 1 und 4), das Gericht des Aufenthaltsorts das zuständige Forum, L. R. S. 6 c. stehe nicht entgegen, theils weil ja der §. 17 der Prozeßordnung gerade auch ein specielles Gesetz enthalte, somit der allgemeine Grundsatz gelte: lex posterior derogat priori; theils weil hier die Absicht des Gesetzgebers, das frühere Gesetz aufzuheben, sich nothwendig aus der spätern Verordnung im Prozeßgesetz ergebe. Wenn man endlich in den angeführten Paragraphen der Prozeßordnung das durch L. R. S. 822 bestimmte Forum für Fälle dieser Art auch selbst nicht als gänzlich aufgehoben betrachten wolle, so bezeichne der Ausdruck „können" im §. 17 doch immerhin den Gerichtsstand des Aufenthalts wenigstens als einen concurrenten. Aber auch selbst nach dem L. R. S. 822 wäre das Stadtamt Freiburg in doppelter Beziehung das zuständige Gericht, einmal, weil unter dem Ausdruck: „des liegenden Erbes" nach dem französischen Text der Ort der Eröffnung (de l'ouverture) der Erbschaft zu verstehen sei, indem man wenigstens in Brauers Commentar hier nicht, wie sonst in derlei Fällen, die Absicht des Gesetzgebers, den Originaltext abzuändern, finde; sodann aber, weil, wenn man auch in dieser Beziehung in die entgegengesetzte gegnerische Auslegung eingehen wolle, wirklich ein Theil der Erbschaft in Freiburg liege, nämlich nicht nur, laut Inventar, für mehrere hundert Gulden Fahrnißvermögen, sondern auch die Originaltitel für mehr als 70,000 Franken (der Rücktrittscontract mit Ch. rc.), diese Titel aber nach L. R. S. 2279 das Vermögen selbst repräsentiren. Auch in Mühlhausen liege sonach nur ein Theil des Erbes. Bemerkenswerth sei noch, daß in dem Inventar unter den aus der hiesigen Erbmasse bezahlten Schulden ein Posten von 60 fl. für halbjährigen Miethzins vorkomme. Das sechste Constitutionsedict dürfte in den hierher gehörigen Bestimmungen als durch die neueren Gesetze aufgehoben zu betrachten seyn, es spreche übrigens nicht für die Intestaterben, sondern im §. 2 A. i. gerade gegen sie. Die angeführten Autoren können hier, da ein Gesetz maßgebend sei, das zur Zeit, als Jene schrieben, noch gar nicht existirt habe, nichts entscheiden; ohnehin habe der eine nur über das, in Baden abgeänderte (S. 3 a.), französische Gesetz geschrieben. Hiernach könne auch S. 110 nicht von den Intestaterben angerufen werden. Auch an der Befolgung des S. 1007 fehle es hier nicht, indem das darin Vorgeschriebene durch den Vorstand des Stadtamtes Freiburg geschehen sei. Endlich scheine darin, daß die Intestaterben sich bei dem Acte, wodurch das Stadtamt Freiburg das Amtsrevisorat daselbst für competent zum Verlassenschaftsgeschäft erklärt, beruhigt haben, schon gewissermaßen eine Anerkennung seiner Competenz zu liegen. Die Legitimation sei in erster Instanz gar nicht bestritten, somit stillschweigend anerkannt worden; auch genüge es für diesen Streit schon, daß die Intestaterben jetzt noch zwei Legatarien ausdrücklich als legitimirt anerkennen; man könne übrigens die Identität auch rücksichtlich der übrigen Legatarien erweisen. In welchem Gemüthszustand der Erblasser den letzten Willen niedergeschrieben, darauf komme es hier nicht an, wiewohl man schon aus der Form und dem Inhalt des Testaments deutlich ersehe, daß er dabei sich hinreichend im Gebrauch des Verstandes befunden habe. Auch die Frage der Realisirung der hierländischen Urtheile in Frankreich gehöre nicht

hierher; den Legatarien stehe übrigens frei, den Vollzug auch in der Schweiz zu bewirken.

Die Entscheidungsgründe, auf welche das hierauf ergangene hofgerichtliche Urtheil sich stützt, lauten:

In Erwägung, daß

I. Rudolph Hasler nach einem mehrwöchentlichen*) Aufenthalte dahier verstorben ist, und das hier in Frage liegende Testament unter seinen Verlassenschaftspapieren vorgefunden wurde;

II. Daß die appellantischer Seits gegen die Legitimation der Beklagten vorgebrachte Bemängelung offenbar unerheblich ist, da die Beklagten in diesem Testamente jedenfalls auf solche Art bezeichnet sind, daß sie sich als die vermeinten Legatarien mit Grund berufen halten können, und hierin nach §. 89 der Prozeßordnung der Thatumstand liegt, daß sie es sind, denen die Einreden gegen die Anfechtung des Testaments und die Ausfolgung der Verlassenschaft an die Intestaterben zusteht. In jedem Falle aber die Mitbeklagten, Professor Werber und die Armenstiftung dahier, nach dem eigenen Zugeständnisse des Anwalts unzweifelhaft als legitimirte Beklagte erscheinen würden;

III. Daß die Frage, in wie fern die Urtheile badischer Gerichte von den französischen oder Schweizer Gerichten vollziehbar seien, nicht berücksichtigt werden kann; wenn jene um Entscheidung angerufen sind, erscheint die Competenz des Stadtamts Freiburg in dieser Verlassenschaftssache in Anwendung der Bestimmungen unseres Landrechtes sowohl als unserer Prozeßordnung unzweifelhaft begründet, wie sich aus folgender Begründung ergiebt:

a. Nach Ansicht des L. R. S. 3 a. sind die Gesetze über das Gerichtsverfahren, und jene über Form und Gültigkeit der im Lande verrichteten Rechtsgeschäfte für In- und Ausländer gleich anwendbar. Die Entscheidung der Frage, ob der hier vorliegende letzte Wille den diesseitigen Gesetzen gemäß sei? muß daher der Competenz der badischen Gerichte um so nothwendiger zustehen, als in Uebereinstimmung mit unserm Landesgesetz auch der Code Napoleon, Art. 999, Testamente, welche im Auslande errichtet werden, als gültig erklärt, wenn solche den Gesetzen desselben gemäß errichtet sind.

b. Nach L. R. S. 110 wird zwar der Ort, wo ein Erbe anfällt, durch den Wohnsitz bestimmt. Dieses ist aber offenbar nur für den Fall anwendbar, wo das Erbe im Lande anfällt, nicht aber bei Ausländern, welche im Lande mit Hinterlassung letztwilliger Verfügungen über ihr im Auslande befindliches Vermögen sterben, indem diese Verfügung des Landrechts nur für das Inland verbindlich wirken kann, wo ein Wohnsitz vorhanden ist. Für den entgegengesetzten Fall ist vielmehr die Bestimmung des §. 7 der Prozeßordnung anwendbar, welcher für solche, die im Inlande keinen Wohnsitz haben, den Richter des Bezirks des Aufenthaltsortes als zuständig erklärt.

c. Nach §. 17 der Prozeßordnung ist ausdrücklich bestimmt, daß alle Klagen, wodurch Erbschaften in Anspruch genommen werden, und insbesondere die Klage auf Vollziehung der Testamente, vor dem Gerichte angebracht werden sollen, bei welchem der Erblasser seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte; dieser allgemeine Gerichtsstand ist aber nach dem schon allegirten §. 7 der Prozeßordnung gerade bei dem Richter des Aufenthaltsortes zugewiesen, wo es an einem Wohnsitz mangelt.

d. Insbesondere verfügt aber die Prozeßordnung noch für Ausländer, namentlich §. 45 und 47, indem für diese jedes Untergericht, wo sie getroff n werden, als zuständig erklärt ist, wenn es um Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten sich handelt, welche im Großherzogthum entstanden sind. Eine solche persönliche Verbindlichkeit ist durch die fragliche letztwillige Verfügung den Erben des R. Hasler auferlegt, in so fern sie aus dem Intestaterbrechte auf dessen Verlassenschaft einen Anspruch erheben wollen, da sie die verordneten Legate und Vermächtnisse vorerst zu berichtigen haben, in so fern diese in gültiger Form entstanden sind.

e. Der L. R. S. 822, wornach die Klage auf Theilung und die miteinlaufenden Streitigkeiten vor den Gerichtsstand des liegenden Erbes gehören sollen, kann der hier vorliegenden Competenzfrage in keinerlei Beziehung entgegenstehen.

Die Prozeßordnung als ein späteres Gesetz derogirt diesen Landrechtssatz in so fern als der §. 17 derselben Nr. 1 in Erbschaftssachen alle Klagen vor den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers verwiesen haben will.

Der L. R. S. 6 c., womit der appellantische Theil eine gültige Anwendung des §. 17 der Prozeßordnung zu bestreiten versucht ist, enthält in seinem ganzen Umfange für den vorliegenden Fall gerade die entgegengesetzte Bestimmung, indem darin wörtlich gesagt ist:

„Spätere allgemeine Gesetze heben jene nicht auf, die für einzelne Gattungen der Staatsangehörigen früher von der nämlichen Staatsgewalt gegeben wurden, so weit nicht die Absicht des Gesetzes auch sie aufzuheben geradezu oder durch nothwendige Folgen aus dem Verordneten darin ausgesprochen ist."

Gerade diese letztere gesetzliche Bedingung tritt aber in der Bestimmung des §. 17 der Prozeßordnung ein, wenn diese die Klage in Erbschaftssachen ausdrücklich vor den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers verweist, damit ist die

*) Der Aufenthalt dauerte nach Obigem einige Monate.
D. Einsender.

Absicht der Bestimmung des L. R. S. 822 aufzuheben klar vorliegend.

Uebrigens dürfte auch der L. R. S. 822 hier in so fern durchaus nicht entgegenstehen, als der Begriff des liegenden Erbes einer sehr ausgedehnten Auslegung fähig ist, und hiernach das liegende Erbe auch da als vorhanden angenommen werden kann, wo der Erblasser mit einem Testamente nicht nur seine Fahrnisse, sondern auch die Papiere seiner verschiedenen Rechtstitel zurückgelassen hat, wie dieses durch das hier vorliegende Inventar des Rudolph Hasler beurkundet ist.

Die Verfällung der Appellanten in die Kosten ist eine gerechte Folge ihrer unbegründet befundenen Beschwerdeführung. Dr. Zentner.

III.

Ueber einige Mängel in der Rechtspolizei.

Unter dieser Aufschrift findet sich in Nr. 9 dieser Annalen vom 1. März 1834 ein Aufsatz, unterschrieben — Meyer — welcher drei Mängel und einen Apendix aufzählt.

1) Der Theilungscommissär berechne bei Erbtheilungen eines jeden Erben Antheil und weise diesem zu seiner Befriedigung quid pro quo Vermögenstheile zu.

Bemerkung hierauf. Wenn eine Person Vermögen hinterläßt, dann wird dasselbe nach drei Rubriken verzeichnet und in Geld ausgesetzt, nämlich a) Liegenschaft, b) Fahrniß, c) Forderungen; diese machen das Activum der Verlassenschaft aus. Dann kommen die Passiva, welche auf dem Nachlaß haften. Letztere werden von dem Activum abgezogen und der Rest ist die reine Summe der Verlassenschaft. Besagt diese z. B. 4000 fl., so hat, wenn es vier Erben sind, jeder 1000 fl. zu fordern. Hierauf werden die Liegenschaften in möglichst vier gleiche Theile zerlegt und vier Loodzettel darüber gefertigt, welche von den Betheiligten und den Schätzern unterzeichnet und von dem Commissär contrasignirt werden. Jedes Loos wird mit einer Nummer versehen. Darauf werden vier kleine Papierstreifen, der eine mit Nr. 1, der andere mit Nr. 2 rc. versehen, darauf zusammen gelegt und in eine Tasche oder einen Hut gethan. Jeder Erbe zieht ein solches Zettelchen. Bringt der Erste, welcher ein solches herauszieht, z. B. Nr. 3, so wird auf das Güterverzeichniß oder den Loodzettel, welcher mit Nr. 3 überschrieben ist, sein Name gesetzt, und so fort bis alle Loose gezogen sind.

Die Fahrnißstücke werden nach Gegenständen, nämlich Leinwand, Schreinwerk rc. in vier möglichst gleiche Theile zerlegt, und eben so verloost, deßgleichen die Forderungen oder die Activkapitalien der Verlassenschaftsmasse. Es wäre zu weitläufig, die Manipulation hier zu wiederholen. Ist sonach der ganze Nachlaß unter die Erben verloost, dann wird eines Jeden Erbsansprache angesetzt und mit seinem Vermögensempfang, den die Loodzettel nachweisen, verglichen, worauf es sich zeigt, ob der Erbe durch sein Loos zu wenig oder zu viel empfangen hat. Sind Schulden vorhanden, dann muß es sich zeigen, daß die Erben insgesammt gerade so viel Vermögen zu viel empfangen haben, als die Schulden im Ganzen ausmachen, worauf dann jeder Erbe seinen Zuvielempfang an die Gläubiger zu bezahlen angewiesen wird. Ein Gläubiger ist nicht schuldig sich an mehrere Personen anweisen zu lassen, deßhalb giebt man jedem Erben einen bestimmten Gläubiger, und wenn der Erbe mehr an diesen zu zahlen hat, als er auf sein Loos heraus schuldig ist, so wird er an einen Miterben angewiesen, von diesem einen Beitrag dazu zu erheben.

Dieses ist der Gang bei Erbtheilungen, und man wäre begierig, zu vernehmen, wo und in welchem Theil des Landes eine Praxis bestehen solle, wie der Herr Referens sie angiebt.

Dann fährt Herr Referens fort:

Bei der Theilung auf Absterben eines Ehegatten soll es gar häufig geschehen, daß das vorhandene Vermögen dem überlebenden Gatten, den Kindern des verstorbenen Ehetheils aber nur eine Geldsumme ausgeworfen werde; diese Manipulation heiße Eventualtheilung rc.

Es ist unbegreiflich, wie Herr Referens bei der dermaligen Gesetzgebung so etwas durchaus Unrichtiges angeben mag. Bis zum 1. Januar 1810 waren Eventualtheilungen gesetzlich und dem früheren Recht conform. Starb die Frau, so war ihr Mann nach dem alten Landrecht lebenslänglicher Nutznießer ihres ganzen Nachlasses, jedoch hatte er die Verbindlichkeit, den Kindern, wenn sie sich etablirten, eine Aussteuer oder Anhülfe zu geben, welche dem anerstorbenen Vermögen, mit Rücksicht auf die Personen, welche der Vater noch zu ernähren hatte, angemessen seyn mußte. Diese Anhülfe konnte nach Ermessen des Ortsgerichts (Gemeinderath) ein Drittel, die Hälfte, oder auch zwei Drittel des anerstorbenen Vermögens seyn. Daneben behielten die Kinder das Recht auf die anerstorbenen Liegenschaften in natura. Die Aussteuer wurde ihnen seiner Zeit auf die fahrenden Erbschaftsgegenstände aufgerechnet. Wurde Liegenschaft zur Anhülfe gegeben, so mußte diese einst bei der Naturaltheilung im Stück eingeworfen werden.

Daß sich damals die Erbschaft in ein fixes Kapital verwandelte, ist nicht wahr, so wenig als es dermalen wahr ist. Nach dem neuen Landrecht giebt es keine Eventualtheilungen mehr, sondern nur Gemeinschafts- und Erbtheilungen, weil dasselbe eine Theilung in eventum durchaus nicht kennt. Dermalen kommt jeder Abkömmling, wenn ein Elterntheil

stirbt, sogleich in den eigenthümlichen Besitz seines anerstorbenen Vermögens und längstens mit seinem 21sten Lebensjahr auch in den Genuß, exclusive ein Viertel elterlicher Nutznießung; hingegen zur Zeit der Eventualtheilungen hat mancher Erbe 30 und 40 Jahre, nämlich bis zum Tod seines überlebenden Elterntheils, auf sein anerstorbenes Vermögen warten müssen.

2) In der Praxis werde der Anschlag des Vorempfangs eingeworfen und der Empfänger werde als Schuldner der Masse angesehen.

Erwiederung. Dieses ist nicht wahr, denn aller Vorempfang wird, wenn solcher in Liegenschaft besteht, nach gesetzlicher Bestimmung im Stück eingeworfen, fahrende Habe aber dem Anschlag nach. Eine Praxis, wie Herr Referens sie behauptet, wird er zu documentiren nicht im Stande seyn.

3) Es würde den Erbschaftsgläubigern und den Erbschaftsschuldnern von dem Schicksal ihrer Forderungen oder ihrer Schuld keine Nachricht gegeben ꝛc.

Nach geschlossener Erbtheilung wird jedem Capitalgläubiger durch das Amtsrevisorat sein neuer Schuldner vermittelst sogenannter Verweisung angezeigt, mit der Bemerkung, welche in die Theilungsbedingungen aufgenommen wird, daß von Seiten der Masse die Schuld aufgekündet werde, sich solche in drei Monaten heimbezahlen oder neu verbriefen zu lassen, oder aber sich an die Erbmasse der Zahlung wegen halten wolle.

Wenn der Gläubiger nach drei Monaten keine Nachricht von sich giebt, so wird präsumirt, er habe den neuen Schuldner angenommen. Bei Pfandschulden kommen in den meisten Fällen die Güterstücke, welche als Unterpfand dienen, in verschiedene Hände; Derjenige, welcher die Schuld nicht hat, sorgt selbst, daß alsbald sein Güterstück pfandlastfrei werde, und betreibt deßhalb bei seinem Miterben die Capitalheimzahlung oder neue Verbriefung nach Inhalt der obgedachten Theilungsbedingung.

Bei Activforderungen der Erbmasse wird demjenigen Erben, welchem die Forderung im Loos zugefallen ist, die Schuldurkunde als Erbstück übergeben, mit der vom Theilungscommissär auf die Schuldurkunde gesetzten Bemerkung, daß dem Erben N. N. diese Urkunde im Loos zugefallen sei. Die Bekanntmachung und Eintreibung oder die weitere Borgfrist wird dem Erben anheim gegeben, indem es nun seine Sache ist, wie bei jeder Cession einer Forderung, den Schuldner von der Schuldübertragung zu benachrichtigen oder benachrichtigen zu lassen.

Rücksichtlich der Vermögensübergaben, deren der Herr Referens erwähnt, als ob die in der Vermögensübergabe nicht begriffenen Gläubiger einen verwickelten Prozeß zu bestehen hätten, aber doch am Ende bezahlt werden müßten, wird bemerkt:

Bei einer vorhabenden Vermögensübergabe ist das gesetzliche Verfahren folgendes: Will Jemand sein Vermögen übergeben, der noch nicht 63 Jahre zählt, so muß er, um die Erlaubniß dazu zu erhalten, ein Zeugniß von dem Gemeinderath des Orts und von dem Bezirksarzt beibringen, welches die Gründe zur Vermögensübergabe angiebt. Diese sind, daß er entweder wegen anscheinend bleibender körperlicher oder geistiger Gebrechen der Verwaltung seines Vermögens nicht mehr vorstehen könne; worauf die Staatsbehörde (dermal das Bezirksamt) die Concession zur Vermögensübergabe giebt. Wer 63 Jahre überschritten hat, bedarf dieser Concession nicht. Sind die Uebernehmer Kinder des Uebergebers oder auch entferntere Verwandte, so ist diesen der Vermögens- oder Schuldenstand beiläufig bekannt; ihr Interesse erheischt es, sich damit bekannt zu machen, was sie niemals versäumen. Würden auch Schulden bei der Uebergabe vergessen, so müssen die Uebernehmer sie doch bezahlen, welches sogar nach L. R. S. 1983 e. bei einem Pfründvertrag der Fall ist, um wie viel mehr ist er es bei einer Vermögensübergabe, welche nach L. R. S. 1100 a. a. vorgenommen wird. Wenn nun die Uebernehmer den beiläufigen Schuldenstand des Uebergebers wissen, dann findet keine Verheimlichung, wenigstens von Hauptposten Statt. Der Uebernehmer erste Sorge geht dahin, bevor sie sich zur Annahme erklären, die Lasten kennen zu lernen, die auf dem übernommenen Vermögen haften. Bei Errichtung der Vermögensübergabsurkunde sind die verpflichteten Waisenrichter anwesend (in der Regel ist dieses der Ortsvorstand und ein Gemeinderathsmitglied), welche den Vermögens- und Schuldenstand eines jeden Bürgers ihres Orts beiläufig wissen. Im Pfandbuch enthaltene Schulden werden ohnehin durch den Pfandbuchsauszug zur Urkunde gebracht, und Zinsrückstände werden aus den Zinsquittungen entnommen, und der Ausstand zur Gemeindsrechnung oder zu herrschaftlichen Kassen werden von den Verrechnern durch die Umlaufzettel erhoben. Kleinigkeiten, z. B. beim Schmidt, Wagner, Schumacher, könnten bei einem oder dem andern Uebergeber in Vergessenheit gerathen, was aber in Rücksicht auf die Hauptsache keine Bedeutenheit hat.

Die großen Bedenklichkeiten, welche Herr Referens aussprach, sind daher nirgends gegründet. Sollte aber je die Angabe des Herrn Referens sich auf Thatsachen gründen, so bitte ich ihn inständig und zur Ehre meiner Herren Collegen, der betreffenden Kreisregierung, oder dem hohen Justizministerium Kenntniß davon zu geben, damit ein solches durchaus und in jeder Beziehung unwürdiges Subject, wenn je ein solches bestehen sollte, welches dergleichen Geschäfte gut heißt, der vorgesetzten Stelle bekannt wird, welche für Remedur, ich bin es gewiß, augenblicklich sorgen wird.

Rheinländer. *)

IV.

Ueber Koncurrenz der Verbrechen.

Anhang zum Strafedict §. 95 und 96.

Das Großh. Justizministerium hat am 19. Octbr. 1811 Nr. 2538 gelegenheitlich die Erläuterung gegeben: „Verbrechen derselben Art, welche durch Zeit, Ort oder Person geeint sind, machen eine That aus; wo keiner dieser Vereinigungsgründe

*) Landamtsrevisor in Karlsruhe.

eintrete, da seien verschiedene unrechte Thaten vorhanden, die aber dennoch alle nur erste Verbrechen seien, so lange keine derselben oder keine früheren zur Untersuchung gekommen sind; sie müssen also jedes einfach (nicht mit verdoppelten Strafen) aber deßwegen nicht mit der Strafe einer einzigen That, sondern mit der so vielfachen Strafe der einfachen That, als vielfach die Vergehen sind, bestraft werden."

Diese doctrinelle Belehrung wurde im Jahr 1829 gelegenheitlich eines Falles dem Hofgericht in Rastadt mitgetheilt, bei welchem sich über dieselbe ausgedehnte Erörterungen entwickelten, deren Resultat die Vereinigung auf folgende Grundsätze war:

1) Mehrere gleiche Verbrechen, von denen noch keines zur Untersuchung gekommen war, werden nur als eine fortgesetzte That betrachtet, so daß neben der im Gesetz gedrohten einfachen Strafe, bloß in Gemäßheit des §. 95 des Strafedicts eine Strafschärfung erkannt wird.

2) Die Distinction der Justizministerialerläuterung von 1811 ist unstatthaft, weil das Gesetz in dem erst 1812 erschienenen Anhang zum Strafedict §. 73, wo der Anlaß dazu war, solche nicht machte, ob daher im concreten Fall Einheit des Orts u. s. w. vorhanden sei oder nicht, ist unerheblich.

Was nun zunächst die in der Erläuterung von 1811 angegebenen Merkmale der Verbrechenseinheit angeht, so sind solche freilich unrichtig, denn in Bezug auf die Einigung durch die Zeit können füglich mehrere in der Zeit getrennte Wirkungen menschlicher Thätigkeit bloß ein Verbrechen bilden. Man denke z. B. nur an den intellectuellen Urheber. Auf der andern Seite können an ein und demselben Ort gleiche oder verschiedene Verbrechen begangen werden und zwar von derselben Person oder von verschiedenen.

In dieser Beziehung war also die Erläuterung offenbar mangelhaft, was aus dem damaligen Stand der Criminalrechtswissenschaft leicht zu erklären ist; und das Großh. Justizministerium hat selbst in einem spätern Erlasse erklärt, daß es der neuern Theorie huldige, wornach die Aufstellung allgemeiner Merkmale für die Unterscheidung zwischen fortgesetzten und wiederholten Verbrechen eine unlösbare Aufgabe sei.

Es ist hier nicht der Ort, diese Theorie einer besondern Erörterung zu unterwerfen, und mag eine Hinweisung auf Martins Lehrbuch des Criminalrechts §. 64, wo der richtige Weg angedeutet zu seyn scheint, hier genügen. — Dagegen ist aber nicht zu verkennen, daß trotz der Unrichtigkeit der in der Erläuterung von 1811 enthaltenen Bestimmung der Unterscheidungsmerkmale, die in deren Folge durch dieselbe Erläuterung gegebene Vorschrift sowohl dem damaligen Stand der Wissenschaft überhaupt, als der badischen Criminalgesetzgebung insbesondere ganz angemessen war.

Erstere soll hier ebenfalls nicht erörtert, und nur das Letzte kürzlich gezeigt werden.

Von der ganz vernünftigen Regel des gemeinen Rechts, daß so viele Strafen verwirkt sind, als viele in der That getrennte Verbrechen verübt wurden, ist unser Strafedict in §. 97 lit. b. in der Art abgewichen, daß es bloß die Strafe des Hauptverbrechens ganz, die der mit demselben concurrirenden kleinern Verbrechen aber nur zu $^1/_3$ erkannt wissen will. Diese Abweichung erscheint schon an sich um deßwillen sonderbar, weil damit die Vielheit der Verbrechen, welche doch offenbar eine größere Gefährlichkeit des Thäters beweist, und eben deßhalb nach einer gesunden Criminalpolitik eine Strafschärfung erfordert, als Minderungsgrund im Gesetze anerkannt wurde. Diese Sonderbarkeit ist um so auffallender, da das Strafedict in den Bestimmungen der §§. 62, 76, 77 und 79 jener Politik in Bezug auf einige Verbrechen folgte.

Aus §. 97 des Strafedicts folgt die Sonderbarkeit, daß der Dieb, welcher zugleich Räuber oder Wilderer ist, wegen des Diebstahls gelinder bestraft wird, als ein Anderer, welcher außer diesem Diebstahl kein Verbrechen begieng.

In den am 23. Mai 1812 als Anhang zum Strafedict verkündeten Erläuterungen hat sich das Großh. Justizministerium, wie es scheint, in einen noch stärkern Widerspruch verwickelt: Es bestimmt nämlich im §. 96 dieser Erläuterung, daß bei Concurrenz gleichartiger Verbrechen alle verdienten Strafen voll angesetzt werden sollen, ohne daß, wie bei ungleichartigen, eine Minderung Statt habe, und zwar unter Anführung des Grundes:

„weil hier die unter verschiedenen Gestalten erscheinende Fortwirkung des nämlichen gesetzwidrigen Hanges als Erschwerung zu betrachten sei,"

d. ist. weil die bewiesene Neigung des Verbrechers zu dieser besondern Gattung von Verbrechen denselben gefährlicher macht. Dagegen ist im §. 75 desselben Anhangs zum Strafedict geordnet, daß mehrere geheime Diebstähle, welche nicht Rückfälle sind (§. 76 des Anhangs), wenn sie die Summe des großen Diebstahls erreichen, als ein großer Diebstahl, somit als eine That behandelt werden sollen, was in der Regel ein milderes Resultat haben wird, als wenn für jeden besondern Diebstahl die verdiente Strafe erkannt wird.

Ein Dieb, welcher mit zwanzig von einander getrennten Handlungen 12 fl. stiehlt, würde ohne diese Bestimmung nach §. 73 des Strafedicts gleich jedem andern Dieb für jede strafbare That mindestens acht Tage Gefängniß zu leiden haben, dieser Bestimmung zufolge kömmt er aber mit drei Wochen Gefängniß vom Ganzen weg. Die Strafe der einzelnen That wird hier durch das, was überall als Schärfungsgrund anerkannt ist, durch die Wiederholung gemindert.

Wenn nun das Großh. Justizministerium in der Erläuterung von 1811 eine so höchst singuläre Bestimmung wie die eben beleuchtete (§. 74 des Anh.) nicht verallgemeinerte, sondern im Allgemeinen die Regel aussprach, daß so viele Strafen erkannt werden, als viele in der That getrennte Verbrechen vorliegen, so stimmt dieß mit den Grundsätzen des Strafedicts und jenen des gemeinen Rechts weit besser überein, als das Verfahren des Hofgerichts, welches, anstatt die singuläre Vorschrift auf den Fall, für welchen sie gegeben ist, zu beschränken, daraus einen allgemeinen Grundsatz ableitete, womit in Vergleichung der allgemeinen Gründe zur Schärfung der Strafen für die Theorie der sonderbare Satz ausgesprochen wäre, daß der, welcher mehrere gleichartige Verbrechen begeht, eine stärkere Neigung zu jeder Gattung dieser Verbrechen zeige, als der, welcher das nämliche Verbrechen mehrmals begeht; für die Anwendung aber würde der Grundsatz den Mißstand erzeugen, daß der, welcher ein schweres Verbrechen, z. B. einen Raub zweimal begangen hat, gelinder gestraft werden müßte, oder bei der Willkührlichkeit der Strafschärfung doch jedenfalls könnte, als der, welcher neben dem gleich schweren Verbrechen nur ein geringeres verübte.

Trefurt.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 3. Mai 1834.

I.

Hofgericht Freiburg.

Ist nach der neuen Prozeßordnung ein Zeugenbeweis über das Factum: daß ein streitender Theil die Appellation intra fatale wirklich angemeldet hat, zuläßig?

In der Streitsache des Anton Maier von Bollschweil, Klägers, gegen seinen Bruder Joseph Maier von da, Beklagten, Arrestanlegung betreffend, verkündete das Amt Staufen den Bescheid, worin es den vom Kläger auf eine Forderung des Beklagten bei einem gewissen Mathias Disch angelegten Arrest für gerechtfertigt erklärte, und diesen Letzteren anwies, seine Schuldigkeit an den Kläger zu bezahlen, unterm 8. Novbr. v. J.

Da sich Beklagter durch diesen Bescheid für beschwert hielt, so meldete er, nach seiner Behauptung, sofort nach der Verkündung dieses Urtheils in der Amtskanzlei mündlich die Appellation an, als indessen später die Acten auf eine nochmalige Appellationsanzeige, resp. besondere Bitte des Beklagten um Einsendung der Acten an die Hofgerichtskanzlei dahier eingekommen waren, so zeigte sich: daß in solchen von der in instanti nach Eröffnung des Bescheides angemeldeten Appellation nichts bemerkt sei.

Wegen verspäteter Einsendung der Acten konnte auch die Beschwerdeschrift nicht mehr binnen der gesetzlichen 21 Tage des §. 1206 der Prozeßordnung eingebracht werden, sondern sie kam erst den 4. Januar d. J. ein.

Den vorliegenden Acten nach schien es daher allerdings, daß die Förmlichkeiten der in Frage stehenden Appellation nicht innegehalten seien, und ich, als für den Beklagten aufgegestellter Armenanwalt wurde vom Hofgericht gemäß §. 1214 der Prozeßordnung in die öffentliche Sitzung zur Rechtfertigung der Formalien vorgeladen.

Schon mit dem Libell hatte ich durch vorgelegte Beweisartikel mittelst zweier Zeugen den Beweis darüber angetreten:

„daß Beklagter wirklich gleich nach Eröffnung des Bescheides vom 8. Novbr. in der Amtskanzlei dagegen die Appellation angemeldet habe."

Der zweite Senat des Hofgerichts verwarf die eingeführte Appellation als verspätet, und zwar aus folgenden Gründen:

„Da eine Anzeige der Appellation gegen den Bescheid des Amtes Staufen vom 8. Novbr. v. J. innerhalb der gesetzlichen Nothfrist in den Acten nicht ersichtlich ist, es aber **Pflicht** des Appellanten war, eine solche Anzeige sofort protocolliren zu lassen, nach Prozeßordnung §. 222 bis 224, oder aber schriftlich einzureichen, nach §. 1188, was nicht geschehen, **und ein Zeugenbeweis über angebliche, rechtzeitige Appellationsanzeige nicht zuläßig ist**, auch die Beschwerdeschrift nicht innerhalb der gesetzlichen Frist eingekommen ꝛc."

Der in diesen Entscheidungsgründen ausgesprochene Grundsatz:

„**daß über das Factum der geschehenen Appellationsanmeldung ein Zeugenbeweis nicht zuläßig sei,**"

dürfte, wenn er von den Gerichten **allgemein** angenommen würde, bei der Revision unserer Prozeßordnung wohl eine besondere Beachtung verdienen, weil meiner Ansicht nach dadurch eines der wichtigsten Parteirechte, nämlich jenes der Ausführung des Rechtsmittels der Appellation auf eine gefährliche Weise der **Vergeßlichkeit**, oder auch selbst dem **üblen Willen** des Richters, vor dem appellirt wird, preisgegeben wäre; wenn wenigstens nicht durch andere Vorschriften, als sie bis jetzt unsere Prozeßordnung enthält, dafür gesorgt würde, daß in erwähnter Beziehung die Partei weder der Vergeßlichkeit, noch dem üblen Willen des Richters ausgesetzt seyn **kann**.

Inzwischen glaube ich nicht, daß sich dieser vom zweiten Senate des Hofgerichts ausgesprochene Grundsatz aus den Vorschriften unserer Prozeßordnung rechtfertigen lasse, sondern bin vielmehr der Meinung, daß der entgegengesetzte Grundsatz, nämlich jener der Zuläßigkeit des Zeugenbeweises über das Factum der Appellationsanmeldung, der auch

wirklich schon wiederholt von dem ersten Senate unseres Hofgerichtes gehandhabt wurde, den Worten und dem Geiste dieses Gesetzes weit angemessener sei.

Wenn ich die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe recht verstehe, so hält der zweite Senat den Zeugenbeweis über das Factum der Appellationsanmeldung aus dem Grunde für unzuläßig, weil es nach den §§. 222 bis 224 und nach §. 1188 der Prozeßordnung Pflicht des Appellanten sei, dafür zu sorgen: daß seine mündliche Appellationsanmeldung Angesichts seiner zu Protocoll genommen, oder daß er solche schriftlich zu den Acten bringe, wenigstens finde ich einen andern Grund in den hofgerichtlichen Entscheidungsmotiven nicht angeführt.

Diesen Grund kann ich aber in den angeführten Gesetzesstellen überall nicht finden.

In den §§. 222 bis 224 der Prozeßordnung ist zwar vorgeschrieben, daß bei der Verhandlung vor dem Unterrichter die mündlichen Vorträge der Parteien ihrem thatsächlichen Inhalte nach, sammt den angeführten Rechtsgründen und den darauf gebauten Anträgen oder Gesuchen, in das Gerichtsprotocoll niedergeschrieben werden sollen; daß diese Protocolle von verpflichteten Actuarien zu führen, und daß diese Protocolle, nachdem sie niedergeschrieben, von dem Actuar und der Partei zu unterschreiben seien, allein ein mal möchte ich bestreiten, daß diese Vorschriften, welche bloß den sichern Beweis über den materiellen Theil einer gerichtlichen Verhandlung bezwecken, auch auf die, wohl nicht mehr zur Verhandlung gehörige Förmlichkeit der Appellationsanmeldung eine Anwendung leiden, und zum zweiten kann ich, auch abgesehen von dem so eben Gesagten, in diesen Gesetzesstellen nur eine Vorschrift, — nur eine Pflicht für den Richter finden: dafür zu sorgen, daß die Parteivorträge, wie sie das Gesetz verlangt, gehörig zu Protocoll genommen werden, nicht aber eine besondere Pflicht für die Partei bei Strafe der Nichtigkeit ihrer Vor- und Anträge den Richter zu zwingen, daß er solche sofort Angesichts ihrer zu Protocoll nehmen lasse.

Gesetzt, ein Richter hätte bei einer Verhandlung eine Partei gar nicht angehört, — was dann doch bei Menschen, was auch die Richter immer bleiben, möglich ist — oder er hätte sehr wichtige thatsächliche Angaben von ihr nicht zu Protocoll nehmen lassen, und die, in solcher Art verletzte Partei wollte beim Oberrichter deßhalb Beschwerde führen, sollte sie die Thatsache, worauf diese ihre Beschwerde beruht, nicht durch Zeugen erweisen dürfen? Oder sollte sie auch hier den Richter mit Gewalt — ? — anhalten, daß er zu Protocoll niederschreibe: daß er sie gar nicht angehört, oder wichtige von ihr vorgetragene Thatsachen im Protocoll ausgelassen habe, damit sie nämlich den Beweis der Thatsache, worauf ihre Beschwerde ruht, durch ein Protocoll führen könne?

Ich glaube nicht, daß eine Prozeßgesetzgebung, welche die Menschen und Verhältnisse nimmt, wie sie im Leben wirklich sind, und nicht bloß, wie sie seyn sollen, dieses verlange und verlangen kann.

Ich glaube daher auch nicht, daß in den §§. 222, 223 und 224 der Prozeßordnung eine Pflicht der Partei liegt: den Richter zu zwingen, daß er ihre mündliche Appellationsanzeige zu Protocoll nehme; und ich glaube daher auch ferner nicht, daß diese Gesetzesstellen gegen die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises über das Factum der Appellationsanmeldung sprechen, wo der Richter, bei dem die Appellation mündlich angemeldet wurde, aus Vergeßlichkeit oder üblem Willen seine Pflicht: diese mündliche Anmeldung zu Protocoll nehmen zu lassen, vernachläßigt hat.

Aber die Partei hat ja nach §. 1188 das Recht, die Appellation auch schriftlich anzumelden, und sie kann daher dort, wo der judex a quo ihre mündlich gemachte Appellationsanmeldung nicht zu Protocoll genommen, solche schriftlich wiederholen, und so, um ihr Recht zu wahren, zu den Acten bringen.

Allerdings hat nach dem eben angeführten Gesetz die Partei das Recht, auch schriftlich ihre Appellationsanzeige beim Richter einzugeben, oder sie in dieser Form ihrem Gegner durch einen Gerichtsboten zustellen zu lassen, allein sie hat auch das Recht, solche mündlich anzuzeigen, und ist nach keinem Gesetze gehalten, es schriftlich zu wiederholen, falls der judex a quo diese mündliche Appellationsanmeldung nicht sofort Angesichts ihrer zu Protocoll genommen hat.

Die Partei hat nach §. 1188 der Prozeßordnung der gesetzlichen Anforderung genügt, wenn sie dem Richter, welcher ihr das beschwerende Urtheil verkündet, mündlich erklärt: daß sie dagegen die Appellation anmelde, und bloß seine, des Richters Pflicht ist es alsdann, diese mündliche Anmeldung zu Protocoll bemerken zu lassen.

Versäumt der Richter diese seine Pflicht, so muß es der Partei, wenn nicht sie die Versäumniß der richterlichen Pflicht büßen soll, erlaubt seyn, durch jedes Beweismittel, also auch durch Zeugen, als dem hier fast allein möglichen Beweismittel, diese Pflichtvernachläßigung des Richters darzuthun.

Gerade der §. 1188 ist es daher, welcher für die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises über das Factum der Appellationsanmeldung, und nicht, wie der hofgerichtliche Senat glaubt, gegen solche spricht; denn es erlaubt dieses Gesetz die bloß mündliche Appellationsanzeige, und muß daher auch jeden gesetzlichen Beweis derselben erlauben, wo der judex a quo seiner Pflicht gemäß nicht durch die Protocollirung derselben für diesen Beweis gesorgt hat.

Nehmen wir einmal gerade den vorliegenden Fall an, wo

die Partei sofort bei Verkündung des Urtheils **mündlich** die Appellation anmeldete, der Unterrichter ihr darauf bemerkte: es ist schon gut, und sie in der Meinung, daß solche zu Protocoll bemerkt, und die Acten an den Oberrichter eingeschickt werden, aus der Kanzlei gieng, während der Unterrichter über andern Geschäften diese mündliche Appellationsanmeldung vergessen, und solche nicht zu Protocoll kam.

Was hatte hier die Partei für eine Aufforderung, ihre mündlich gemachte Appellationsanzeige noch einmal schriftlich einzugeben, oder was hatte sie für ein Recht, anzunehmen: daß der Unterrichter vergessen werde, solche zu Protocoll nehmen zu lassen?

Im Vertrauen, daß der Unterrichter seine Pflicht kenne, und sie nicht vergessen werde, verließ sie, indem sie auf gesetzliche Weise ihr Appellationsrecht durch die mündliche Anmeldung gewahrt hatte, die Kanzlei; nun hat aber der Richter seine Pflicht vergessen, und sie, die Partei, soll, weil sie durch Zeugen ihre mündliche Anmeldung nicht beweisen darf, mit dem Verlust ihres Rechtsmittels das Versäumniß des Richters bezahlen? Dieses kann nicht Recht seyn, und daher auch nicht in dem Willen unserer Prozeßordnung liegen.

Ja man nehme den weitern Fall an: daß die Partei vom Richter selbst ausdrücklich verlangt hat, er solle ihre mündliche Appellationsanzeige sofort zu Protocoll nehmen, und derselbe erwiedert ihr hierauf: es soll geschehen, sie könne daher schon gehen.

Wo ist das Gesetz, welches in diesem Fall der Partei zumuthet: dem Richter zu sagen, ich glaube deinen Worten nicht, ich will es mit meinen Augen sehen; oder gieb mir einen Schein über dein Versprechen, meine mündliche Appellationsanmeldung wirklich zu Protocoll zu nehmen?

Ich kenne kein solches Gesetz, und es würde ein solches auch nicht sehr zur Hebung des richterlichen Ansehens beitragen.

Ich kann daher überall weder in den Worten, noch im Geiste unserer neuen Prozeßordnung einen Grund finden, welcher dafür spräche, daß das Factum der mündlich geschehenen Appellationsanmeldung nicht solle durch Zeugen bewiesen werden dürfen, wo dasselbe zu protocolliren vergessen wurde.

Ich kann um so weniger einen solchen Grund finden, weil einerseits bekanntlich unsere neue Prozeßordnung, wo sie nicht ausdrücklich neue Ansichten und Grundsätze aufstellt, im Geiste des deutschen gemeinen Prozesses ausgelegt werden muß, weil der Gesetzgeber dabei im Geiste und Wesen diesen deutschen gemeinen Prozeß beibehalten, und nur die, durch die neueren wissenschaftlichen und practischen Fortschritte gebotenen Aenderungen aufgenommen haben wollte, ich in dem gemeinen deutschen Prozeß aber bisher keine Bestimmung auffinden konnte, welche den Zeugenbeweis über das Factum der Appellationsanmeldung ausschließt, und andererseits, weil, wie ich schon oben bemerkt habe, durch den Grundsatz: daß der Zeugenbeweis über die wirklich geschehene Appellationsanmeldung durchaus unzuläßig sei, eines der wichtigsten Parteirechte, nämlich jenes der Appellation zu sehr der Vergeßlichkeit, oder auch dem üblen Willen des Richters, gegen dessen Urtheil appellirt wird, preisgegeben seyn würde — auf eine Art preisgegeben seyn würde, wie es nie in der Absicht einer Gesetzgebung gelegen seyn kann, die eine practische, und nicht eine bloß theoretische Rechtssicherheit für die Unterthanen will, und die für Menschen und Verhältnisse gegeben ist, wie sie sind, und nicht wie sie seyn sollten, oder etwa der Idee eines Stubengelehrten nach seyn könnten.

Ich halte daher dafür, daß der zweite Senat des Hofgerichts des Oberrheins in dem oben erwähnten Rechtsfall gegen das Gesetz den Zeugenbeweis für unzuläßig erklärt, und dadurch einen Grundsatz in unser neues Prozeßrecht hineingetragen hat, der nicht in solchem liegt, und wenn man dasselbe nicht zu einer, das wahre lebendige Recht ertödtenden Formularjurisprudenz machen will, nicht in solcher liegen kann.

Dr. v. Weisseneck.

II.

Bedenken über die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern 1833 Seite 367 ff. vertheidigte Ansicht.

Nach der angeführten Stelle hat das Großh. Oberhofgericht in Sachen Steiert und Kiener die Ansicht ausgesprochen, daß der Appellationsrichter nicht gehalten sei, über Behauptungen, welche schon in erster Instanz vorgebracht worden sind, den Beweis aufzuerlegen, daß vielmehr die Partei ihn ohne richterliche Auflage antreten müsse. Mich haben die für diese Ansicht a. a. O. geltend gemachten Argumente nicht von deren Richtigkeit überzeugt, und ich erlaube mir, meine Bedenken dagegen auszusprechen.

Das erste Argument für die Richtigkeit der jenseitigen Ansicht will in der Nr. 5 des §. 1218 der Prozeßordnung gefunden werden; allein dieser Paragraph scheint mir nicht nur nicht für, sondern sogar gegen diese Ansicht zu sprechen. Für die Ansicht beweist er nicht, weil der Zwischensatz in

Nr. 5, durch welchen die hier angefochtene Meinung hauptsächlich begründet werden will, nur enunciativ (beispielsweise), nicht aber dispotiv gefaßt ist; da die Nr. 5 zunächst nur bestimmen will, daß wenn der Beweis anticipirt werden wolle, solches in Verbindung mit der Appellationsvernehmlassung geschehen müsse — nicht aber erst später geschehen dürfe, so hat sie den Fall, in welchem der Beweis wohl am häufigsten anticipirt werden wird, beispielsweise in sich aufgenommen, ohne indessen damit für die andern Fälle das Wahlrecht verkümmern zu wollen. Wollte man dieser Nummer die jenseitige Deutung geben, so wäre sie (wegen der Gleichheit der Rechte beider Parteien) entweder im geraden Widerspruch mit dem §. 1170 Nr. 4, oder man müßte, wie in den Jahrbüchern geschehen ist, eine Vereinigung auf Kosten der Richtigkeit der Redaction des letztgenannten Artikels zu bewerkstelligen suchen, was aber immer ein sehr mißlicher Behelf und hier um so weniger zuläßig ist, als nach der obigen natürlichen Erklärung beide Gesetzesstellen sehr wohl neben einander bestehen können. Außerdem aber scheint mir der angezogene §. 1218 gerade gegen die jenseitige Ansicht zu beweisen, weil in seinem Eingang gesagt ist: „die schriftliche Vernehmlassung muß enthalten," worauf dann die einzelnen Stücke der Vernehmlassung bezeichnet sind, unter diesen aber die Beweisantretung für die in erster Instanz bereits vorgebrachten Thatsachen nicht enthalten ist. Es läßt sich daher p. arg. a contr. ziemlich zuverläßig der Schluß ziehen, daß eine solche Beweisantretung keineswegs schon mit der Vernehmlassung verbunden werden müsse, ein Schluß, der durch die Erwägung noch mehr an Sicherheit gewinnt, daß alle übrigen, wenn auch nur bedingt nothwendigen Bestandtheile der Vernehmlassung in diesem Paragraphen vollständig aufgeführt sind.

Der §. 1218 für sich beweist also nichts für die jenseitige Ansicht.

Das zweite, zur Unterstützung des ersten angeführte Argument soll nach der gegentheiligen Ansicht in der Bestimmung des §. 1219 enthalten seyn, daß der Appellat, wenn er das Thatsächliche der Einreden oder Beweiseinreden nicht mit der Vernehmlassung vorträgt, zwar damit ausgeschlossen seyn solle, daß er aber das Versäumte wieder gut machen könne, wenn er in dieser Beziehung die Einreden oder Beweismittel in der mündlichen Verhandlung nachträglich vorbringt. „Wenn also," so wird a. a. O. hieraus weiter argumentirt, „wenn also der Appellat die neuen Beweismittel, sofern sie sich nicht auf die von ihm aufgestellten neuen Thatsachen beziehen, längstens in der mündlichen Verhandlung beibringen muß, sollen sie anders nicht als versäumt gelten, so folgt daraus wiederum, daß keine gesetzliche Obliegenheit des Mittelgerichts bestehe, dem Appellaten nach geschlossenem mündlichen und schriftlichen Verfahren jetzt erst noch durch Zwischenbescheid zur Beibringung solcher Beweise die Auflage zu machen, muß aber der Appellat jenen Beweis von freien Stücken antreten, so gilt auch das nämliche vom Appellanten." In dieser Deduction ist aber eine petitio principii enthalten; es wird nämlich darin unterstellt, als ob der Absatz des §. 1219 in dem Wort „Beweismittel" unbedingt die Verbindung der Beweisantretung für alle Thatsachen, die nicht nova sind, mit der Vernehmlassung fordere. Dieß folgt aber weder aus dem Wort, noch aus der Analogie des Artikels. Wie ausdrücklich in dem Absatz bemerkt ist, bezieht er sich nur auf die Nummern 3, 4 (und 5) des §. 1218, in der Nummer 3 ist aber nur von Beweiseinreden, in der Nr. 4 nur von Einreden gegen die Appellationsbeschwerden die Rede, von früher vorgebrachten Thatsachen ist in diesen Nummern weder expresse noch implicite die Sprache. Der Absatz des §. 1219 fordert nun nicht mehr, daß rücksichtlich dieser Punkte das Nöthige spätestens in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, und, wo nöthig, der Beweis dafür angetreten werde. Das Wort „Einreden" im besagten Absatz bezieht sich auf die Nr. 3 u. 4 des §. 1218, das Wort „Beweismittel" aber nur auf die Nr. 3 des angeführten Paragraphen. Somit ist also in dem §. 1219 nur für die Beweiseinreden die Beweisantretung ohne vorgängige Beweisauflage von Seite des Richters gefordert, und zwar — weil die Beweiseinreden, wie in der ersten Instanz, so auch in der Appellationsinstanz, ohne daß deßfalls eine richterliche Beweisauflage nöthig wäre, erwiesen werden müssen. Auch von einer analogen Ausdehnung dieser Bestimmung auf früher vorgebrachte Thatsachen kann hier keine Rede seyn, weil die Rechtsähnlichkeit zwischen Einreden, Repliken rc. und Beweiseinreden rc. gerade in dieser Hinsicht fehlt, indem, wie gesagt, für die letztern der Beweis immer mit deren Vorbringen cumulirt werden muß, was aber rücksichtlich der ersten, wenigstens in der Regel nicht gilt. Ausnahme beim summarischen Verfahren.

Meines Erachtens bleibt es also auch in der Appellationsinstanz bei der allgemeinen Regel des §. 393 in Verbindung mit den §§. 396—398.

Keller.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 19. Karlsruhe den 10. Mai 1834.

I.
Hofgericht am Unterrhein.
Ueber unerlaubte Vertragsursache.

A.
Arnstein gegen Schlund.

Der Fuhrmann Schlund hatte von Handelsmann Arnstein eine Ladung Waaren erhalten, um sie von Wertheim nach Langfurt in Baiern zu verbringen. Zum Schein war eine Urkunde ausgefertigt worden, als ob Schlund die Waaren für 128 fl. 21 kr. gekauft hätte. An der Grenze fiel Schlund mit der Waare den bairschen Gensd'armen in die Hände, die ihm solche als Contrebande hinwegnahmen.

Nun klagte Arnstein gegen Schlund auf Zahlung des Kaufpreises, wogegen aber von dem Beklagten eingewendet ward, daß er nichts schuldig sei, indem er weder die Waare gekauft, noch die Gefahr auf sich genommen habe.

Nachdem der Kläger replicirt hatte, daß der Beklagte, obgleich er nicht als Eigenthümer der Waaren zu betrachten sei, den Betrag derselben dennoch bezahlen müsse, weil er es versprochen und das Risico auf sich genommen habe — wurde jenem der Beweis auferlegt: daß Beklagter sich für den Fall, daß die Waaren weggenommen werden sollten, zur Entschädigung verpflichtet habe?

Der Kläger berief sich dafür lediglich auf die Urkunde vom 13. Novbr. 1832, worin jedoch das Untergericht den geforderten Beweis nicht fand, und daher die Klage abwies. Dagegen appellirte der Kläger. Sein Anwalt behielt sich für den äußersten Fall die Eideszuschiebung darüber vor:

„ob die Urkunde vom 13. Novbr. 1832 nicht zu dem Zwecke ausgestellt worden sei, daß Appellat die Waaren zu bezahlen sich verbindlich mache, wenn sie hinweggenommen werden sollte?"

Der appellatische Sachwalter wollte sich jedoch darauf nicht einlassen, weil der Eid nicht schon im Beweisverfahren deferirt, auch solcher jetzt bloß vorbehalten und für dessen Zuschiebung nicht einmal eine Specialvollmacht beigebracht worden sei. Außerdem verwahrte er sich gegen die amtliche Beweisauflage, weil der Kläger keine Entschädigung, sondern den Kaufpreis für die fraglichen Waaren gefordert habe.

Auf gepflogene Verhandlung wurde der amtliche Bescheid unterm 29. Nov. 1833 vor dem Großh. Hofgerichte, zweitem Senate, mit Verfällung des Appellanten in die Kosten lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß zwar Beklagter in der Urkunde vom 13. Novbr. 1832 bescheinigt, daß er die Waaren im Betrage von 128 fl. 21 kr. vom Kläger erkauft und dafür Zahlung zu leisten sich verbindlich gemacht hat;

In Erwägung jedoch, daß Beklagter nunmehr erklärt und Kläger zugesteht, daß Beklagter nicht Eigenthümer der Waaren geworden sei und solche nur um einen bestimmten Lohn nach Langfurt zu liefern übernommen habe;

In Erwägung, daß daher nach der übereinstimmenden Erklärung beider Theile, welche nach L. R. S. 1156 mehr gilt, als der buchstäbliche Sinn der Worte, zwischen ihnen kein Kauf, sondern ein Miethvertrag abgeschlossen worden ist, somit die Urkunde vom 13. Novbr 1832 ein Scheingeschäft enthält;

In Erwägung, daß ein Scheinhandel nicht an sich nichtig ist, sondern nach L. R. S. 1131 von der einen oder anderen Partei nur in so fern angefochten werden kann, als er auf einer unerlaubten Vertragsursache beruht;

In Erwägung, daß aus den im amtlichen Protocoll vom 8. Febr. 1833 enthaltenen Angaben beider Theile genugsam hervorgeht, daß Kläger dem Beklagten die Waaren mit der Anweisung übergeben, solche in das Baierische einzuschmuggeln und Beklagter diese Leistung in gleicher Weise zugesagt hat;

In Erwägung, daß sonach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag eine Ursache zu Grund liegt, welche, wenn auch nicht den diesseitigen Gesetzen, doch der Sittlichkeit und der Staatsordnung zuwider ist, derselbe daher nach den L. R. S. 1131 und 1133 als unerlaubt keine Rechtswirkung hervorbringen kann;

In Erwägung, daß die Gerichte der hierauf gestützten Klage ihre Hülfe nicht leihen können, wenn auch den Beklagten gleiche Schuld trifft, nach dem in lex 8 Dig. de condict. ob turpem vel injustam causam enthaltenen Grundsatz: „In pari turpitudine potior est possessor;“

In Erwägung endlich, daß es hiernach auf Beurtheilung des vom Kläger angetretenen Beweises, daß Beklagter das Rissco übernommen, nicht weiter ankömmt; —

Aus diesen Gründen ist, wie geschehen, erkannt worden.

Bayer.

B.

Bender gegen Michel.

Die ledige A. M. Bender klagte gegen M. Michel auf Zahlung von 150 fl. nebst Zinsen, welche er ihr dafür, daß er sie unehelich geschwängert in einer Urkunde als Entschädigung versprochen habe. Sie behauptete dabei nicht, daß sie von einem noch lebenden Kinde entbunden worden, oder daß sie dermalen noch schwanger sei. Aber auch die Urkunde selbst konnte sie nicht vorlegen, weil sich dieselbe angeblich in den Händen des Beklagten befand. Letzterer läugnete in der Einlassung auf die Klage sowohl das Versprechen einer Entschädigung von 150 fl. als die Ausstellung einer Urkunde darüber; gestand jedoch in der Folge zu, die Urkunde ausgestellt und der Verabredung gemäß einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben zu haben. Wegen des unwahren Inhaltes habe er jedoch die Urkunde wieder zurückgenommen und vernichtet. Da er nun der Klägerin durchaus nichts schuldig sei, so bitte er, dieselbe mit ihrer Forderung abzuweisen. Das Amt verurtheilte aber den Beklagten, welcher nun, sich deßfalls beschwerend, in der Appellationsinstanz seine Vertheidigung darauf gründete:

1) daß das fragliche Versprechen ein sittenwidriges und verbotenes, mithin unklagbares sei, und

2) daß eben darum, weil die Klägerin die gedachte Urkunde niemals zugestellt erhalten, vielmehr der Beklagte solche aus den Händen des Aufbewahrers zurückgenommen und vertilgt habe, eine Verbindlichkeit gar nicht zu Stande gekommen sei.

Auf gepflogene Appellationsverhandlung erkannte das Großh. Hofgericht, dritter Senat, durch Urtheil vom 21. Febr. d. J. abändernd zu Recht: daß die Klägerin unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die von der Appellatin erhobene Klage darauf gegründet ist, daß der Beklagte sie geschwängert und ihr dafür eine Entschädigung von 150 fl. versprochen habe — daß aber, während der Beklagte widerspricht, sie geschwängert zu haben, dieser thatsächliche Grund und die Bedingung der angeblichen Verbindlichkeit des Appellanten noch gar nicht erwiesen ist;

In Erwägung, daß aber auch, wenn diese Thatsache bewiesen wäre, das behauptete Versprechen des Beklagten nach L. R. S. 1131 und 1133 nicht einmal eine Rechtswirkung hervorbringen und klagbar seyn würde, indem dasselbe auf einer unerlaubten, durch die Gesetze verbotenen und der Sittlichkeit widerstrebenden Vertragsursache beruht;

In Erwägung ferner, daß das Gesetz (L. R. S. 762 a. und die Verordnungen im Regierungsblatt von 1809 Nr. 27 und von 1812 Nr. 21) der unehelich Geschwängerten und zwar nur für den Fall, daß sie ein lebendes Kind zur Welt bringt, lediglich das Recht giebt, nach Umständen Namens desselben den Vater auf Alimentation in Anspruch zu nehmen, wo dann der Schwängerer allerdings der Geschwängerten auch zum Voraus, statt der Alimenten, eine gewisse Abstandssumme rechtsverbindlich versprechen darf, wovon aber in dem vorliegenden Falle keine Rede ist;

In Erwägung endlich, daß jeder Anspruch auf Entschädigung, der Natur der Sache nach und zufolge L. R. S. 1382 und 1382 a. ff., auch die Existenz eines widerrechtlichen reellen Schadens voraussetzt, woran jedoch bei einer mit Einwilligung der Weibsperson erfolgten Schwächung nicht zu denken ist; —

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Bayer.

II.

Ueber die Beweislast bei der actio negatoria gegen Dienstbarkeiten des L. R. S. 691.

In Folge einer in Sachen Külsheim gegen die dortigen Müller, wegen Bannrechts angestellten actio negatoria hat das Hofgericht des Unterrheins den Beklagten den Beweis des Bannrechts aus folgenden Gründen auferlegt:

Dem Klagfundament steht die aus dem favor libertatis entspringende Vermuthung zur Seite, weßhalb nach L. R. S. 1352 nicht Klägerin ihre Freiheit, sondern Beklagte das von ihnen angesprochene Bannrecht zu beweisen haben. Hiergegen schützt sie auch der Besitzstand und L. R. S. 544 e. nicht, weil

a. der Besitz nur in so weit eine Vermuthung giebt, als ihm nicht eine stärkere Vermuthung, hier die für Kläger sprechende praesumtio pro libertate entgegensteht, weil

b. Grundpflichtigkeiten nach den durch L. R. S. 710 g. f. adoptirten Grundsätzen des gemeinen Rechts nach Analogie der unständigen Servituten zu beurtheilen sind, diesen aber

nach L. R. S. 691 der längste Besitz keinen Schutz, somit der jüngste Besitz keine Vermuthung gewährt, weil endlich

c. L. R. S. 710 g. b. nur diejenigen Grundpflichtigkeiten, welche 1810 in rechtmäßiger Uebung waren, aber keine Wiederauflebung derselben duldet, somit die dem Besitze sonst zur Seite stehende Vermuthung auf den jüngsten Besitz eines Bannrechts keine Anwendung finden kann.

Anmerkung. Die entgegengesetzte Ansicht ist in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von 1833 erstes Heft S. 38 ff. aufgestellt, und behauptet worden, daß, wenn der Beklagte im Besitze sei, der Negatorienkläger zu beweisen habe. Man beruft sich dabei auf Brauers Erläuterungen Band VI. Seite 333, wo der L. R. S. 691, aus welchem Andere die Beweisfreiheit des Beklagten widerlegen wollen, nicht in Betracht gezogen, dagegen die Beweispflicht des Klägers ganz richtig aus den Sätzen 544 e., 1315 und 1352 abgeleitet werde. Allein wie kann man eine Streitfrage entscheiden, ohne von derjenigen Gesetzesstelle, die allein den Streit veranlaßt, Notiz zu nehmen?

Die alte Controverse über die Beweislast bei der actio negatoria hat bei uns gerade durch den L. R. S. 691 ein weiteres Feld erhalten, indem es sich nicht nur fragt, ob die aus dem L. R. S. 544 e. abgeleitete præsumtio pro possessore stärker sei, als die Vermuthung für die Freiheit, sondern bei unständigen Dienstbarkeiten die weitere Frage entsteht, ob auch hier, wo der Besitz nach L. R. S. 691 keine Rechtswirkung haben soll, die aus L. R. S. 544 e. entspringende Vermuthung überhaupt Platz greifen könne? Wird nun der L. R. S. 691 gar nicht in Betrachtung gezogen, so ist der Anstand allerdings am schnellsten beseitiget, allein das Gesetz ist nicht ausgelegt, sondern umgangen.

Brauer berührt zwar den L. R. S. 691 nicht, allein seine Abhandlung spricht überhaupt nicht speziell von unständigen Dienstbarkeiten, und allem Anschein nach lag ihm die rücksichtlich derselben entstehende weitere Frage gar nicht vor Augen.

Auch die neue Prozeßordnung entscheidet diesen Streit durch §. 747. Indem nämlich dieser Paragraph eine Besitzklage für Dienstbarkeiten, die bloß durch einen Rechtstitel erworben werden können, nur unter der Bedingung zuläßt, daß der Kläger neben dem Besitz auch den Rechtstitel der Erwerbung beweise, spricht er deutlich aus, daß eine præsumtio pro possessore hier nicht existire, weil sonst, wenn der Besitz als Vermuthung für einen Rechtstitel respectirt würde, der Besitzkläger nach L. R. S. 1352 vom Beweis des Rechtstitels frei seyn müßte.

Ist nun ein solches Besitzverfahren zu Gunsten des Klägers entschieden, dann hat eine eigentliche actio negatoria, d. h. eine Klage, deren Fundament lediglich auf der Freiheit des Eigenthums beruht, gar nicht mehr Statt. Der petitorische Klaggrund des Eigenthümers kann nur noch in solchen Thatsachen bestehen, welche Einreden gegen den Rechtstitel bilden, und in possessorio nicht vorgebracht, oder nicht erwiesen worden sind, §. 748. Auch hat der Besitzer schon in possessorio den Beweis eines Rechtstitels, also denjenigen Beweis geführt, um dessen Uebernahme sich die ganze Controverse dreht, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß der Eigenthümer in diesem Fall den Grund seiner petitorischen Klage erweisen muß.

Ist aber kein Besitzverfahren vorausgegangen, hat z. B. der Eigenthümer, statt durch Selbsthülfe oder auf andere Art den Servitutisten zur Klage zu nöthigen, gleich selbst das petitorische Rechtsmittel der actio negatoria gegen die Eingriffe in sein Eigenthum oder in seine Freiheit gewählt, dann hat der Servitutist auch in der Rolle des Negatorienbeklagten die Beweislast eines Rechtstitels auf sich, er mag im Besitze seyn oder nicht, weil nach §. 747 der Besitz keine Vermuthung dafür giebt, daß ein Rechtstitel vorhanden sei, und somit die præsumtio pro libertate, welche nach den L. R. S. 544 a. und 1352 den Kläger vom Beweise befreit, durch nichts beseitiget ist.

Stabel.

III.

Hofgericht zu Rastadt.

Ein Fall zur Auslegung der L. R. S. 524 und 535 a., als Beitrag zur Lehre von den Zugehörden.

Bekanntlich wurde vor mehreren Jahren die Rastadter Stahl- und Kutschenfabrik ausgespielt, welche bis dahin betrieben worden war. Der Lotterieplan enthielt eine Abbildung der Fabrikgebäude, darunter die Ueberschrift:

„Verloosung der berühmten Rastadter Stahl- und Kutschenfabrik,"

und bezeichnete im §. 1 als den Hauptgewinn:

„die im In- und Auslande gleich rühmlichst bekannte Kutschen- und Stahlfabrik, eines der schönsten Etablissements in Deutschland."

Es wurde ferner bemerkt, daß die ansehnlichen Hintergebäude in dem oberamtlichen Protocolle über die Abschätzung ausführlich genannt seien und daß nach gerichtlich geschehener Taxation der Werth dieses Etablissements auf 30,000 fl. geschätzt sei. Ueber die Frage, was als Zugehörde der Fabrik angesehen werde, wurde jedoch nicht das Mindeste erwähnt.

Diese Unbestimmtheit gab nun Anlaß zu einem Rechtsstreite: Die Gewinner forderten, weil die fraglichen Baulichkeiten als ein Fabriketablissement, ohne Ausschließung des Fabrikgeräthes, zur Ausspielung gebracht worden seien, vermöge L. R. S. 535 a. die Mitausfolgung des Fabrik-

geräthes, die Ausspieler verweigerten es, weil das Wort Fabrik nur das Gebäude, nicht dessen Einrichtung habe bezeichnen sollen, und deßhalb die ausdrückliche Ausschließung des Fabrikgeräthes unnöthig gewesen sei.

Der Unterrichter wies die Klage zurück; in der zweiten Instanz wurde jedoch dem Begehren der Kläger Statt gegeben, welches Erkenntniß auch im dritten Rechtszuge Bestätigung erhielt.

Für die Verwerfung der Klage hatten sich jedoch ebenfalls der hofgerichtliche Referent und Legent erklärt. Die Gründe für diese Ansicht bestanden kürzlich in Folgendem:

1) Die Benennung „Chaisenfabrik" habe im Publicum auch für die Bezeichnung des Gebäudes gegolten, nicht nur in der ganzen Umgegend, sondern vermöge des früheren Rufes der Fabrik sogar in einem größeren Umkreise. So sei es z. B. auch gewöhnlich, Gebäude noch mit dem Namen Kloster fortzunennen, obgleich sie längst aufgehört haben, Klöster zu seyn. Der bloße Gebrauch des Wortes „Fabrik" sei also nicht hinreichend, um den S. 535 a. zur Anwendung zu bringen, denn dieser fordere, daß das Gebäude namentlich, als zu einem bestimmten Gewerbe eingerichtet, Rechtsgegenstand geworden sei. Der abwechselnd gebrauchte Ausdruck „Etablissement" enthalte diese Bezeichnung nicht; er sei also gleichbedeutend mit „Fabrikgebäude" anzusehen.

2) Wenn nun der Lotterieplan von der Ausschließung des Fabrikgeräthes nichts erwähne, so liege darin gerade das Merkmal, daß nur das Gebäude, nicht die eingerichtete Fabrik als Gegenstand der Lotterie bestimmt worden sei. Der Plan sei hier nicht zweifelhaft oder dunkel; er könne folglich nicht nach L. R. S. 1602 zum Nachtheil der Ausspieler ausgelegt werden.

3) Wäre aber auch eine Auslegungsbedürftigkeit vorhanden, so dürfte die muthmaßliche Absicht der Contrahenten erst dann außerhalb der Vertragsurkunde erhoben werden, wenn aus dem Zusammenhang derselben ein Widerspruchsschein oder eine Unerklärlichkeit hervorgienge. Dieß sei aber nicht der Fall. Der Plan berufe sich bei der Angabe des Abschätzungswerthes auf ein gerichtliches Taxationsprotocoll, nach welchem unter der taxirten Hauptsumme die Fabrikgeräthschaften nicht als mitbegriffen erschienen.

4) Dazu komme aber auch noch, daß vor der Ausgebung des Plans die Ausspieler die ausdrückliche gerichtliche Erklärung abgelegt haben, daß sie die Fabrikgeräthschaften nicht unter den Lotteriegegenständen inbegriffen wissen wollten; habe nun die Administrativbehörde unterlassen, derselben in der öffentlichen Bekanntmachung Erwähnung zu thun: so haben dieß die Ausspieler nicht verschuldet.

Die Gründe der Majorität liegen in folgender Zusammenstellung:

Dieser Fall ist nicht allein nach S. 535 a., sondern in Verbindung mit S. 524 zu entscheiden, von welchem der erstere nur eine Folgerung ist.

Indem die Sätze 522 — 525 die Fälle aufzählen, worin an sich bewegliche Sachen kraft ihrer Bestimmung für eine Liegenschaft unbeweglich werden sollen, ertheilen sie solcher für unbeweglich erklärten Fahrniß zugleich die Natur der Zugehörde in Bezug auf die Liegenschaft, für welche sie der Eigenthümer bestimmt hat. Register des L. R. S. 746. Zachariä Handb. I. 335.

Nun sagt aber S. 524: „ihrer Bestimmung nach unbeweglich sind: — — das zum Gebrauch der Hütten- und Hammerwerke, Papiermühlen und anderen Gewerbgebäuden (usines) erforderliche Geräthe." Dieses Geräthe ist also gesetzliche Zugehörde solcher Gebäude. Dahin sind alle Gebäude zu zählen, die zur Betreibung eines bestimmten Gewerbes zugerichtet sind, was Spielmann in seiner Uebersetzung des Code Napoleon mit dem Worte „Manufacturen" auszudrücken sucht. Auch Zachariä, Handb. dritte Aufl. I. 336 erklärt den Satz auf diese Weise. Werden nun solche Gebäude, die in ihrer Anlage und Zurichtung schon die Bestimmung zu einem gewissen Gewerbe haben, wie dieß bei einer Menge von Fabriken, insbesondere auch bei den Mühlen der Fall ist, — Rechtsgegenstand, so erscheint das vorhandene, zu jener Gewerbsbetreibung erforderliche Geräthe schon kraft Gesetzes so lange als Zugehörde, als das Gegentheil nicht bedungen ist.

Anders verhält es sich bei Gebäuden, die nicht zu einem bestimmten Gewerbe gebaut und zugerichtet sind, aber zur Betreibung eines Gewerbes benutzt werden, z. B. einer Wirthschaft, einer Krämerei, einer Apotheke. Hier ist der Gewerbsbetrieb mit dem Gebäude nur in zufälliger und trennbarer Verbindung, hier ist das Fahrnißgeräthe nicht für das Haus, sondern für das Gewerbe bestimmt, und nur dann mittelbare Zugehörde des Hauses, wenn das Gewerbe mit demselben mittelst einer besondern Thatsache in Verbindung gebracht wird, sei es durch Realprivilegium, Testament oder Vertrag. Augenscheinlich beschränkt sich die Verfügung des S. 535 a. nur auf diese Fälle. Sie sagt nämlich:

„Wird ein Haus, namentlich als zu einem bestimmten Handel oder Gewerbe eingerichtet, Rechtsgegenstand: so ist auch alles Handels- oder Gewerbsgeräthe, das sich darin befindet, als Zugehörde anzusehen."

Was vermöge des S. 524 sich von selbst versteht, wenn Gewerbsgebäude Rechtsgegenstand werden, wird hier auch auf den Fall ausgedehnt, wo ein Nichtgewerbsgebäude, d. h. ein gewöhnliches Haus mit namentlicher Bezeichnung als zu einem gewissen Gewerbe eingerichtet, Rechtsgegenstand wird.

Für diese Auslegung spricht denn außerdem, daß damit der Widerspruch mit §. 524 gehoben wird, insbesondere noch der Umstand, daß der Zusatz 535 a. seine Stellung da hat, wo bestimmt wird, in welchem Sinne gewisse Ausdrücke genommen werden sollen, daß er als verborum significatio erscheint, während §. 524 unter den Gesetzen steht, welche bestimmen, was vermöge eines stummen Sachverhaltes, als Zugehörde angesehen werden müsse.

Es fragt sich nun, wie muß die oben erwähnte Bezeichnung des Lotteriegegenstandes verstanden werden? Hiebei dürfen wir nur nach dem Wortsinn, nicht nach der Absicht der Ausspieler forschen; denn eine Auslegung hienach ist schon deßhalb nicht statthaft, weil bei zweiseitigen Geschäften auf die Absicht Eines Vertragstheils es gar nicht ankommt, sondern stets die Erkennung der gemeinschaftlichen Absicht erforderlich ist, um vom Wortsinne abweichen zu können.

Die Wortbezeichnung heißt nun: „die rühmlichst bekannte Stahl- und Kutschenfabrik, eines der schönsten Etablissements in Deutschland." Hierin liegt nun gewiß nicht die Namhaftmachung eines Gebäudes, als Haus, sondern die Bezeichnung eines ganzen Gewerbswesens, mit Baulichkeit und Gewerbsgeräth; denn gerade dieß versteht man unter dem Ausdruck: „Etablissement."

Wer nur einen Blick auf das voranstehende Bildchen gethan hat, der wird die Beiwörter: „berühmt, rühmlichst im In- und Auslande bekannt," nicht auf die Preiswürdigkeit des Baues, sondern nur auf die Trefflichkeit der Fabrikanlagen und Einrichtungen zur Fertigung von Stahl und Kutschen beziehen können; denn nicht Architectur und Lage (erstere ist gar nicht zu loben), sondern nur die Fabrikate haben jenem Etablissement die erwähnte Berühmtheit verschafft; wird nun die Anpreisung darauf gestützt, so kann sie nur in der Voraussetzung gerechtfertigt und verstanden werden, daß das Gewerbswesen in seiner bestehenden berühmten Einrichtung Gegenstand der Ausspielung sei.

Dieß wird noch mehr dadurch unterstützt, daß die Fabrik bis kurz vor der Verloosung noch fortbetrieben wurde, was selbst in dem Plane ausgedrückt wird, einmal durch die Beschreibung der festverbundenen Wasserbaugewerke, mit dem Beisatz, der Wasserbau könne zu jedem andern Zweck eingerichtet werden, und sodann dadurch, daß die meisten Nebengewinnste in Erzeugnissen der Fabrik, in Chaisen, bestehen, und daß dabei bemerkt wird: „sie sind von der bekannten vortrefflichen Arbeit, welche die Fabrik liefert" (Präsens nicht Perfectum). Wer wird hier zweifeln, daß es die fortgehende eingerichtete Fabrik sei, die ausgespielt werde?

In jedem Falle ist es die uneigentliche Bedeutung, wenn ein Gebäude wegen einer früher darin betriebenen Fabrik, mit diesem Namen fortgenannt wird. Im Zweifel muß aber die gemeine und eigentliche Bedeutung vorgezogen werden, zumal wenn die Sache für die eigentliche Bedeutung noch da ist, wie hier es der Fall war.

Bekanntlich steht der Ausspieler zu dem Loosnehmer in dem Verhältnisse eines Verkäufers. Auf ihn ist also auch §. 1602 vollständig anwendbar, d. h. er ist schuldig, für den deutlichen Ausdruck der Vertragsbestimmungen zu sorgen; jedes dunkle und zweideutige Geding wird wider ihn und zu Gunsten des Loosnehmers ausgelegt.

Wollten also die Ausspieler hier das Fabrikgeräthe gegen die Regel des Gesetzes nicht als Zugehörde angesehen wissen, so hätten sie dieß in der öffentlichen Auskündigung klar sagen müssen.

Zwar bemerkt der Plan, daß die ansehnlichen Hintergebäude in dem oberamtlichen Protocolle über die Abschätzung ausführlich genannt seien; — allein diese Beziehung auf die Amtsprotocolle beschränkt sich nur auf den Bestand der Hintergebäude; sie ist also nicht entfernt auf die Frage zu beziehen, was als Zugehörde des Fabrikwesens anzusehen sei.

Eben so wenig ist es von Bedeutung, daß in Bezug auf die Schätzung von 30,000 fl. einer gerichtlichen Taxation Erwähnung geschieht, denn

a. für die Frage: was gehört zur Fabrik? war deßhalb Niemand veranlaßt, das Taxationsprotocoll nachzusehen, weil das einfache Nichtausnehmen der Fabrikgeräthschaften diese schon gesetzlich als Zugehörde bezeichnete, mithin in dieser Beziehung kein Zweifel entstehen konnte, zumal da die angezeigte Taxation auf das ganze Etablissement gieng;

b) für die Frage aber: ist richtig taxirt? war die Anzeige, daß die Taxation gerichtlich geschehen, dem Arglosen Beruhigung genug; auch ist die Abschätzung auf 30,000 fl. so hoch, daß Niemand den Ausschluß des Fabrikgeräthes daraus vermuthen konnte.

Auf die dem Amte gemachte Erklärung der Ausspieler, daß diese Geräthschaften ausgeschlossen seyn sollten, kann keine Rücksicht genommen werden, weil sie im Geheimen blieb und nicht in öffentliche Bekanntmachung übergieng. Und daß diese Unterlassung ihren Grund sogar in der eigenen Schuld der Ausspieler hatte, ergiebt sich aus einer Verfügung des Oberamtes, wodurch ihnen unter Rückgabe des vorgelegten Lotterieplans ausdrücklich auferlegt wurde:

„Ferner ist in dem wiederanschlüssigen Lotterieplan eine genaue Beschreibung aller zu dem Fabrikgebäude gehörigen Appertinenzien, so wohl an Nebenbaulichkeiten, als auch an nied- und nagelfesten Gegenständen und etwa mit zu überlassenden Fabrikgeräthschaften beizufügen, um damit künftigen Anständen möglichst vorzubeugen."

Aschbach.

IV.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall über die Gültigkeit eines von einem Aftergewalthaber aus Auftrag des Gewalthabers vollzogenen Geschäfts in Bezug auf den Gewaltgeber.

Christina R., eine ledige Frauensperson, klagte gegen A.: Bis im Jahr 1820 und während ihrer Abwesenheit in Paris habe der Bürger B. von L. ihr Vermögen verwaltet, als dieser aber in Gant verfallen, der Beklagte diese Verwaltung übernommen, von dem Vermögen ein Capital von 591 fl. eingezogen, und an Pf. G. in M. übersendet, welcher diese Summe aber nicht an sie ausgehändiget, sondern ihrem Bruder in Paris überliefert habe, der inzwischen vermögenslos geworden, und von dem der Rückersatz nicht mehr zu erhalten sei. Sie habe dem Pf. G. zum Empfang von Geldern für sie zwar Vollmacht gegeben gehabt, jedoch sei solche von keinem Beistand unterfertiget, und gehe nur auf Bezug der Zinsen, und da Beklagter die ganze Verwaltung ihres Vermögens übernommen gehabt, so habe er ohne eigene Haftung kein Geld an einen Dritten, der zum Empfang des Geldes nicht gehörig von ihr und ihrem Beistand legitimirt gewesen, übergeben können. Wenn er aber auch nur als Afteranwalt des G. das Capital eingezogen, und an diesen übersendet hätte; so müßte er der Klägerin über die Verwendung des Geldes doch Rede stehen, weil der Gewaltgeber nach L. R. S. 1994 in allen Fällen geradezu, und unmittelbar gegen den Aftergewalthaber klagen könne. Da nun die Verwendung an ihren Bruder durch die Hand des G. ihre Zustimmung nicht gehabt; so halte sie sich dießfalls an Beklagten, welchen sie zum Ersatz der 591 fl. sammt Zinsen vom Tage des Einzugs an zu verfällen bitte.

Der Beklagte gab zu, das fragliche Capital für Klägerin eingezogen, und an den inzwischen verstorbenen G. überschickt zu haben, stellte auch nicht in Abrede, daß Letzterer das Geld an deren Bruder ausgehändigt habe, und bei solchem der Ersatz nicht wieder zu erhalten sei; allein er widersprach, daß er die Verwaltung des Vermögens der Klägerin übernommen gehabt, sondern behauptete, daß vielmehr dem G. diese Verwaltung von der Klägerin übertragen gewesen, und er nur als dessen Geschäftsführer, und aus dessen Auftrag gehandelt habe. Seine Stellung zur Klägerin sei nur die eines Aftergewalthabers, und solcher stünde deßhalb nach dem von ihr angezogenen L. R. S. 1994 nur eine Klage gegen ihn auf Vollzug des vom Gewalthaber erhaltenen Auftrags, und auf Rechenschaft über die in dessen Folge von ihm erhobenen Gelder zu, welche Klage sich aber nicht begründen ließe, weil die Ablieferung der Gelder an ihren Gewalthaber unbestritten sei, den sie speciell zum Empfang ihrer Gelder bevollmächtiget gehabt, die Zahlung an diesen daher nach L. R. S. 1239 der Einhändigung an sie selbst gleich zu achten sei. Darüber, daß G. zum Empfang der Gelder der Klägerin bevollmächtigt gewesen, bezog sich Beklagter auf folgende Momente:

a. Auf Production einer amtlich beglaubigten Substitutionsvollmacht von G., um bei der Gant des B., der früher das Vermögen der Klägerin verwaltet gehabt, für solche zu liquidiren, in deren Eingang gesagt ist, daß sich der Aussteller bei dem Amte seines Wohnorts durch Vollmacht zur Substitutionsbefugniß ausgewiesen habe;

b. auf die amtliche Attestation ad marginem des B'marischen Liquidationsprotocolls, daß G. Bevollmächtigter der abwesenden Klägerin sei;

c. auf eine Vollmacht derselben und ein Begleitungsschreiben an G. von Paris aus, deren Aechtheit sich anerkannt finde, und nach deren Inhalt Letzterer nicht bloß auf Erhebung der Zinse beschränkt sei, da dem in der Vollmacht zum Geldeinzug bevollmächtigt werdenden G. im Begleitungsschreiben anheim gestellt werde, ob er nicht auch das Capital selbst einzuziehen für gut finde, wobei es sich von selbst verstehe, daß der Mangel eines Beistands dem Rechtsbestand der Vollmacht der Klägerin keinen Eintrag thun könne, da die Urkunde in Frankreich ausgestellt worden sei, wo bekanntlich das Institut der Geschlechtsbeistände nicht bestehe, die Rechtsregel aber „locus regit actum" sich durch L. R. S. 3 b. hierlands sanctionirt finde. Endlich

d. in Bezug auf seinen vom Gewalthaber zur Einziehung und Uebersendung des Geldes an ihn erhaltenen Auftrag auf mehrere Briefe des G., in welchen er ihn wegen dessen dringend ersuche. Von einer Verbindlichkeit zur Zahlung von Zinsen könnte in keinem Fall die Rede seyn, weil ein Gewalthaber nur von da an solche zu zahlen schuldig werde, wo er in Verzug gesetzt worden, und auch da nur alsdann, wenn er die Gelder in seinem Nutzen verwendet habe, vom Tage solcher Verwendung an (L. R. S. 1996), die aber gegen den Beklagten nicht behauptet worden sei.

Das amtliche Urtheil wies die Klägerin mit ihrer Klage ab, und nachdem in der Appellationsinstanz dem Beklagten, weil man die Bevollmächtigung des G., da die von der Klägerin an ihn zu Paris ausgestellte Vollmacht von ihr nicht unterzeichnet war, auch etwas unbestimmt dahin lautete, daß G. sich die Erhebung ihrer Gelder angelegen seyn lassen möchte, einigermaßen für nicht genügend ansah, der Beweis hinlänglicher Bevollmächtigung des G. von Seiten der Klägerin zur Erhebung der fraglichen Gelder aufgetragen, dieser aber — ohne weitere thatsächliche Anführung — von ihm mittelst negativer Eideszuschiebung jedoch ohne Specialvollmacht durch seinen Anwalt angetreten worden war, wurde auf die gepflogene mündliche Verhandlung der unterrichterliche Bescheid bestätiget:

In Erwägung nämlich, daß zwar Beklagter zugegeben, ein der Klägerin zugehöriges Capital von 591 fl. eingehoben, und nicht an sie selbst, sondern an einen Dritten, den Pf. G. eingeliefert zu haben, an sich somit die angestellte Klage begründet erscheint, daß auch der Einrede, an den zum Geldempfang Bevollmächtigten der Klägerin, daher an rechten Empfänger gezahlt zu haben, entgegen stehen möchte, daß die von ihr in Paris dem G. ertheilte Vollmacht sich nicht von ihr, und auch von keinem Beistand unterzeichnet findet, und solche nur in etwas unbestimmter Allgemeinheit demselben die Erhebung des Capitals selbst anheim stellte, daß die Vollmacht, welche G. nach der vom Amte beglaubigten Substitutionsvollmacht an Beklagten bei solchem vorgewiesen haben soll, nicht vorliegt, und der Inhalt derselben unbekannt ist, und aus der ad marginem des B'marischen Liquidationsprotocolls gesetzten Bemerkung des Amtes L. über die Bevollmächtigung des G. von Seite der Klägerin ohne weitern Bezug auf die Urkunde hierüber und deren Inhalt nichts Genügendes resultiret;

In Erwägung jedoch, daß die Behauptung der Klägerin, Beklagtem sei die Verwaltung ihres Vermögens übertragen gewesen, unerwiesen ist, vielmehr von ihr im Ganzen nicht widersprochen werden konnte, daß nach der Gant ihres vorigen Geschäftsführers B., während ihrer Abwesenheit zu Paris, G. ihre hierländische Geldangelegenheit besorgt habe, daß nach der zu den Acten vom Amt gesetzten Bemerkung, dieß notarisch gewesen zu seyn scheint;

In Erwägung ferner, daß die von Paris aus dem G. zugeschickte Vollmacht — obwohl von ihr nicht unterschrieben — doch anerkannterweise von ihrer Hand geschrieben ist, daß, wenn auch die darin ausgedrückte Bevollmächtigung zur Erhebung ihres Geldes etwas unbestimmt lautet, diese in dem von ihr geschriebenen Begleitungsschreiben sich näher ausgedrückt findet, indem es dort dem Ermessen des G. ausdrücklich anheimgestellt wird, das Capital selbst zu erheben, daß also immer schon in diesem Schreiben eine unbedingte Bevollmächtigung zum Einzug des Geldes liegt, G. demnach auch die Erhebung des Gelds einem Dritten auftragen, und von diesem die Auslieferung an ihn als den rechten Empfänger geschehen konnte;

In Erwägung sodann, daß Klägerin damals ihren Wohnsitz im Auslande gehabt, wo solche nach den dortigen Gesetzen keines Beistands bedürftig war, und daß, wenn auch zur Form die inländische Gesetzesvorschrift nöthig gewesen wäre, die Bestellung eines Bevollmächtigten zur Geschäftsbesorgung als eine widerrufliche Handlung anzusehen kommt, wobei nach L. R. S. 515 g. der Zuzug eines Beistands zur Gültigkeit nicht erforderlich erscheint, so wie auch nur als eine ohne Beistand anzunehmende Verwaltungshandlung; daß endlich Beklagter sich über dem zur Erhebung und Einsendung der fraglichen Gelder von dem Bevollmächtigten der Klägerin erhaltenen Auftrag ausgewiesen hat, — müsse die Auslieferung des erhobenen Geldes an diesen, als an die Klägerin selbst geschehen angesehen werden.

Merk.

V.

Hofgericht am Mittelrhein.

Ein Beispiel von grammatischer Vertragsauslegung.

In einem Vergleich, den das Reichsstift Gengenbach wegen seiner bestrittenen Ansprüche auf die Gengenbacher Almend mit der Stadt Gengenbach abschloß, wurde unter andern wörtlich festgesetzt:

> „der Wasserbau an der Hueb, — wird dem Gotteshaus eigenthümlich überlassen, sammt dem darauf wachsenden Holz zum Unterhalt desselben, mit dem Onere jedoch, daß das Gotteshaus den gemeinen Weg darüber erhalten müsse."

Gengenbach klagte auf den Grund dieser Vergleichsstelle gegen den Großh. Fiscus, als Rechtsnachfolger des Reichsstiftes Gengenbach, daß derselbe den fraglichen Weg unterhalte.

Der beklagte Fiscus entgegnete: das Wort: „erhalten" sei keineswegs gleichbedeutend mit „unterhalten". Ersteres habe, wie man in Adelungs Wörterbuch finden könne, vielerlei Bedeutungen; es bedeute: zurückhalten, behalten, retten, erretten, behaupten, ertragen, dulden, aufrecht erhalten, nicht fallen, oder nicht zu Grunde gehen. In fraglicher Stelle habe es offenbar nur den letzterwähnten Sinn; hier solle nur ausgedrückt werden: daß das Stift verbindlich sei, den fraglichen Weg zu ertragen oder zu dulden, oder aber, nicht zu leiden, daß er zu Grunde gehe. Für diese Auslegung spreche S. 1162, d. h. die Regel: im Zweifel für den Belasteten, und S. 1706 a., wonach beim Tausche jeder Theil in Bezug auf seine Erwartungen von der eingetauschten Sache sich klar auszudrücken habe, oder die Auslegung gegen sich gelten lassen müsse.

Gengenbach erklärte diese Auslegung für gezwungen und falsch und bemerkte: das Wort „erhalten" sei unstreitig umfassender als das Wort „unterhalten", und schließe das letztere in sich; es drücke mehr aus, als das passive „dulden"; es bezeichne ein positives Handeln zum Fortbestehen eines Dinges. Hier sei alles klar und zweifellos, und daher könne von einer Anwendung der Sätze 1162 und 1706 a. keine Rede seyn.

Das Urtheil ergieng zu Gunsten der Stadt Gengenbach. Hinsichtlich der Auslegung des Wortes „erhalten" sprach

sich das Gericht, gänzlich mit dem Referenten einverstanden, dahin aus:

Es giebt fast kein Zeitwort, das nicht in verschiedenem Sinne gebraucht wird. Der Gegenstand, worauf es sich bezieht, enthüllt erst seine wahre Bedeutung, aber auch meistens so klar, daß alle Zweideutigkeit verschwindet. So kann das Wort „anführen" für sich so viel heißen als: befehligen, — aber auch citiren und auch hintergehen: Aber in den Sätzen: der Fürst selbst führt sein Heer an; — ich führe zum Beweise die berühmtesten Schriftsteller an; — laß dich von diesem Schelmen nicht anführen; erhält dieses Wort jedesmal klar seine Bedeutung.

Auch „erhalten" gehört zu jenen vieldeutigen Worten. Die Redensarten: Nachrichten erhalten; sich erhalten; eine Sache im Stand erhalten, beweisen dieß; — bei der ersten ist es gleichbedeutend mit bekommen, empfangen; — bei der zweiten, mit sich behaupten, retten, ernähren; — bei der dritten, mit unterhalten. Hier also ein Beispiel, daß „erhalten" und „unterhalten" in gleichem Sinne gebraucht werden!

Uebrigens steht auch die untrennbare Verbalpräposition „er" zuweilen an der Stelle von „unter". Zum Beweise dient das Wort „erliegen"; man sagt eben so gut: ich erlag, als ich unterlag diesen Anstrengungen.

Da in der fraglichen Stelle das Erhalten des Weges als eine Pflicht oder als eine Last (onus) dem Gotteshause angedungen wurde, so tritt das Wort „erhalten" klar in dem Sinne von „unterhalten" hervor. Das Kloster soll dafür sorgen, daß der Weg in seinem Stande, d. h. brauchbar bleibe; das einzige Mittel hiezu ist aber die Unterhaltung desselben; unterhalten verhält sich zu erhalten, wie Mittel zum Zweck.

In dem Sinne von erlangen, dulden kommt das Wort „erhalten" gewiß höchst selten vor; — in der fraglichen Stelle erscheint dieser Sinn aber unnatürlich, da der Weg längst bestand als gemeiner Weg und dessen Fortbestehen wegen dieser Eigenschaft nicht gewehrt werden konnte.

Immerhin muß bei der grammatischen Auslegung die gemeine gewöhnliche Bedeutung der ungewöhnlicheren im Zweifel vorgehen. Auch ist mit Bedacht auf S. 1159 nicht zu vergessen, daß in den allemannischen Gauen das Wort „erhalten" in der Form verhalten *) ganz geläufig für „unterhalten" gebraucht wird, z. B. er muß ihn ganz verhalten, — statt: er muß ihm den ganzen Unterhalt reichen!

*) Hebel bemerkt in seinem den allemannischen Gedichten angehängten Idiotikon, daß in der allemannischen Mundart „ver" häufig statt „er" in der Verbalcomposition gebraucht werde, z. B. statt erwischen — verwischen.

Aschbach.

VI.

Hofgericht der Seeprovinz.

Zur Erläuterung der §§. 243, 245 und 1196 der Prozeßordnung.

In einem vorgekommenen Rechtsfalle war die Frist zur Appellationsanmeldung (§. 1187) versäumt; die Appellationsbeschwerde wurde zwar innerhalb der gehörigen Frist (§. 1195) eingereicht, aber wegen eines Formgebrechens angebrachtermaßen verworfen. Der appellantische Anwalt reichte hierauf eine neue Appellationsbeschwerde ein, aber die durch den §. 1195 bestimmte Frist war zur Zeit, wo die zweite verbesserte Beschwerde eingereicht wurde, umlaufen, und ein Wiederherstellungsgesuch weder angebracht, und noch weniger begründet. Es entstand nun die Frage, ob die zweite verbesserte Beschwerde auf den Zeitpunkt, wo die frühere angebrachtermaßen verworfene Beschwerde eingereicht war, rücksichtlich der Nothfrist zurückwirke, so daß auch sie als zur rechten Zeit eingereicht betrachtet werden müsse? Die Majorität des Gerichtshofs, bei welchem diese Frage zur Erörterung gelangte, beantwortete dieselbe verneinend. Für die verneinende Beantwortung scheint nun hauptsächlich die Analogie der §§. 243 und 245 der Prozeßordnung zu sprechen, wornach die für die Rechtsmittel gesetzlich vorgeschriebenen Nothfristen weder von dem Richter, noch von den Parteien verlängert werden dürfen. Denn wenn man der Ansicht huldigt, daß in dem obigen Falle die Einreichung der neuen Appellationsbeschwerde auf den Zeitpunkt, wo die frühere wegen eines Formgebrechens angebrachtermaßen verworfene Beschwerde eingekommen ist, zurückwirke, so räumt man der Partei indirect die Macht ein, die in den allegirten §§. 243 und 245 rücksichtlich der Verlängerung der Nothfristen gegebenen Vorschriften zu umgehen. Das Mittel zu einer solchen Verlängerung würde darin bestehen, daß die Partei innerhalb der Frist von 42 Tagen eine Appellationsbeschwerde einreicht, durch Vernachlässigung der Formalien aber eine Verfügung, wodurch die Beschwerde angebrachtermaßen verworfen wird, auswirkt, um alsdann vielleicht lange nach Umlauf der Nothfrist eine neue Beschwerde einreichen zu können. Uebrigens ist die hier geäußerte Ansicht nur auf den Fall zu beziehen, wenn zugleich auch die Frist zur Appellationsanmeldung versäumt ist. Denn ist diese Frist eingehalten, so ist die Einreichung der Beschwerde erst dann als verspätet zu erachten, wenn der in den §§. 1201, 1202, 1203 vorgesehene Fall eingetreten ist (vergl. Annalen erster Jahrg. S. 24 lit. c.)

Fischer.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 20. Karlsruhe den 17. Mai 1834.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Den Schutz im Besitz eines ausschließlichen Schafweidrechts betreffend.

Rüdt v. Collenberg gegen die Gemeinde Eberstadt.

Die Familie Rüdt v. Collenberg zu Eberstadt hat seit Jahrhunderten die Schäfereigerechtigkeit auf dasiger Gemarkung hergebracht. Der Ursprung dieser Berechtigung ist übrigens nicht aufgeklärt und nur so viel gewiß, daß die Grundherrschaft bis auf die neueste Zeit in dem alleinigen Genuß ihrer Servitut geblieben ist.

Als aber am 11. April 1832 die Eberstadter anfiengen, eine eigene Schafheerde auszutreiben, machte die Grundherrschaft von diesem Vorfall unterm 19. April dem Amte Adelsheim eine schriftliche Anzeige, berief sich darin auf den bisherigen Besitzstand, so wie auf ein Urtheil des churmainzischen Hofgerichts vom 23. Decbr. 1776 und auf einen Vergleichsreceß vom 18. Mai 1781, wornach ihr ein ausschließendes Weidrecht zustehe — und stellte den Antrag, daß

1) der Gemeinde Eberstadt das Austreiben von Schafen zur Beweidung, überhaupt jeder Eingriff in das Schafweidrecht der Grundherrschaft bei namhafter Strafe untersagt,

2) der begangene Weidfrevel untersucht und gebührend bestraft und

3) die Gemeinde verständigt werde, daß, so ferne sie einen Anspruch auf Theilnahme an dem Schäfereirecht auf Eberstadter Gemarkung erheben wolle, sie vorerst ihr Gesuch bei der Verwaltungsbehörde zur gehörigen Erörterung anbringe: ob und wie weit neben dem bestehenden Genußrechte dessen Ausführung möglich und zuläßig sei?

Diese Anzeige wurde dem Ortsvorstand zugefertigt, um sich hierüber binnen drei Tagen zu erklären, und zugleich nachzuweisen, daß zur Einführung einer Gemeindsschäferei die höhere polizeiliche Ermächtigung vorliege, widrigenfalls mit Ausschluß aller Einreden die Klage für zugestanden angesehen und das weitere Rechtliche verfügt werden soll. Darauf erklärte das Ortsgericht: bis jetzt bestehe zu Eberstadt keine Gemeindsschäferei, es könne daher auch eine höhere polizeiliche Ermächtigung nicht vorgelegt werden. Die einzelnen Güterbesitzer hielten nach Verhältniß ihres Grundeigenthums Schafe und trieben sie auf ihr Eigenthum zur Weide, wie sie dieß früher auch mit ihrem Rindvieh gethan hätten; sie glaubten sich dazu kraft ihres Eigenthumsrechts befugt, welches jede beliebige Nutzungsart einräumt, und wenn gleich die Grundherrschaft im Besitz des Weidrechts auf ihren Grundstücken sei, so schließe dieses doch keineswegs die Mithut des Eigenthümers aus und sie müßten widersprechen, daß der Grundherrschaft ein solches ausschließendes Recht zukomme. Wenn sie auch lange Zeit hindurch ein Schafweidrecht auf ihren Grundstücken nicht ausgeübt hätten, so könne ihnen dieses nicht schaden, weil es Sache der freien Willkühr des Eigenthümers sei, diese oder jene Benutzungsart seines Eigenthums zu wählen, wie er es gerade für sich vortheilhaft finde. Wenn daher die Grundherrschaft auch lange Zeit allein Schafe auf ihrem Eigenthum geweidet habe, so sei ihnen durch dieses factische Verhältniß keineswegs das Recht entzogen, gleichfalls Schafe darauf zu weiden, es sei denn, die Grundherrschaft könnte beweisen, daß ihr ein ausschließendes Recht deßhalb zustehe. Ein solches vermöge sie aber weder mit dem churmainzischen Hofgerichtsurtheil von 1776, noch mit dem Receß von 1781, der lediglich auf dieses Urtheil abhebe, zu begründen; denn darin sei nirgends von einem ausschließenden Weidrecht der Herrschaft die Sprache. Das Urtheil von 1776 weise die Gemeinde mit ihren Ansprüchen auf die Schäferei ab, während hier überall nicht von solchen Ansprüchen die Rede sei, indem sie die grundherrliche Schäferei unangefochten ließen, und nur von ihrem Eigenthumsrechte Gebrauch machten. In dem Receß von 1781 hätten sie mehr nicht als den Inhalt dieses Urtheils anerkannt. Es könne ihnen darum niemals mit Recht der Vorwurf einer Anmaßung gegen Urtheil und Anerkennung gemacht werden. Von einem Besitzstande ließe sich bei unständigen Dienstbarkeiten gar nicht reden, denn sie könnten selbst nicht durch unfürdenklichen Besitz erworben werden, es sei somit die Berufung auf ihren Besitz ganz ohne

allen rechtlichen Werth. Wenn der Gemeinde die polizeiliche Ermächtigung zur Errichtung einer Gemeindsschäferei ertheilt werden wolle, so seien die einzelnen Güterbesitzer bereit, auf ihr Weidrecht zu Gunsten der Gemeinde zu verzichten; wenn das Erstere aber nicht geschehe, so blieben sie bei dem Recht der Benutzung ihres Eigenthums durch Mitweide stehen. Es könne darüber nicht polizeilich entschieden werden, denn die Sache eigne sich ihrer Natur nach lediglich vor das Forum des Richters, weßhalb sie bitten müßten, die Grundherrschaft mit ihrer Beschwerde abzuweisen.

Das Duplicat dieser Erklärung gieng der Grundherrschaft zu, um nunmehr, unter Vorlage der Beweisurkunden, den Grund und Erwerbtitel darzuthun. — Hierdurch erst ward die Sache auf den Rechtsweg geleitet.

In einer Eingabe de præs. 23. Juli 1832 verwahrte sich zwar die Grundherrschaft gegen die Behandlung dieses Gegenstandes auf dem Rechtswege, schickte sich aber doch an, der amtlichen Auflage nachzukommen.

Um dem L. R. S. 691 und §. 747 der Prozeßordnung zu genügen, ward ein Familiengrundtheilungsvertrag von 1564 und ein Theilungsvertrag von 1620, wodurch die Schäferei zu Eberstadt als ein Familienbesitzthum der Eberstadter Linie zugetheilt worden, — sodann das bereits bekannte Urtheil von 1776 mit dem darauf rückweisenden Vergleich von 1781, nebst mehreren anderen wegen ihrer Unerheblichkeit außer Betracht bleibenden Urkunden in Abschrift vorgelegt, um damit nachzuweisen, daß die Grundherrschaft einen verjährten Besitz von beinahe 300 Jahren für sich habe. Zugleich trat sie über den (vom Gegentheil zugestandenen) Alleingenuß der Schafweide auf Eberstadter Gemarkung in der neuesten und auch in älterer Zeit den Beweis mit Zeugen an, ohne aber darauf abzuheben, daß ihr ausschließliches Recht schon am 1. Januar 1810 durch verjährten Besitz erworben gewesen sei. Als eigenmächtige Handlung, wodurch ihr Besitz gestört worden, bezeichnete die Klägerin das Errichten und Austreiben einer Schafherde zur Beweidung innerhalb der Gemarkung durch die (nirgends benannten) Gemeindebürger, weil letztere vorerst einen Rechtsanspruch an den Mitgenuß beweisen und dessen Anerkennung im petitorischen Rechtswege erringen müßten, bevor sie in solchen eintreten könnten, da der Eigenthümer nichts unternehmen dürfe, was die Servitut schmälere. Bei dem geringen Umfang der Gemarkung und dem starken Einbau der Brachflur würde aber die grundherrliche Schäferei nach ihrem bisherigen (der Schafzahl nach nicht angegebenen) Bestand durchaus nicht mehr die erforderliche Weide finden, zumal da sie bisher schon ihre Uebertriebsrechte auf mehreren benachbarten Gemarkungen zu Hülfe nehmen müsse. Die näheren Nachweisungen hierüber wurden sich jedoch für den Fall, daß in petitorio diese Streitsache noch verfolgt werden sollte, ausdrücklich vorbehalten.

Die Klägerin bat nunmehr, zu erkennen: daß

1) sie in dem Besitz des ausschließlichen Schäfereitriebrechts auf Eberstadter Gemarkung zu schützen, sonach

2) den Beklagten die Störung mittelst Beweidung derselben durch Schafe bei einer Strafe von 100 Thlrn. zum Besten der Klägerin und Ersatz alles Schadens zu untersagen; auch

3) die Beklagten schuldig und verbunden seien, den durch die Besitzstörung bisher verursachten näher zu liquidirenden Schaden sammt Zinsen vom Tag der erhobenen Klage, unter Verfällung in alle Kosten zu ersetzen.

Beklagterseits wurde hierauf vor allem bemerkt:

Die Gemeinde wolle das bisher von der Mehrzahl ihrer Bürger in Ausübung gebrachte Schafweidrecht auf ihrer Gemarkung für sich in Anspruch nehmen, daher die Schäferei als eine gemeinheitliche ansehen und behalten, wozu sie als Markungseigenthümerin nach der neuen Gemeindeordnung keiner oberpolizeilichen Erlaubniß mehr bedürfe.

Zur Sache selbst wiederholte die Beklagte ihre frühere Erklärung und läugnete, daß eine Besitzstörung Statt gefunden; denn die Grundherrschaft übe ihr Weidrecht nach wie vor auf der Gemarkung aus, ungeachtet die Gemeinde von ihrem Mitweidrecht Gebrauch mache; es lasse sich daher auch daraus ein Grund zur angestellten Klage nicht hernehmen. Eben so stellte die Beklagte in Abrede, daß durch den Gebrauch ihres Mitweidrechts die grundherrliche Servitut geschmälert oder beeinträchtigt werde. Da nun in den vorgelegten Urkunden von einem ausschließlichen Weidrecht der Klägerin nichts erwähnt und die Beweisantretung mit Zeugen nur auf ein alleiniges, nicht aber auf ein ausschließendes Weidrecht gerichtet sei, so müsse die Besitzklage als formell und materiell unbegründet verworfen werden.

In der Replik fand die Klägerin nichts dagegen zu erinnern, wenn die politische Gemeinde Eberstadt sich als Beklagte darstelle und dadurch die Verbindlichkeit zur Entschädigung übernehme; obwohl nach der Natur der Besitzklage dieses Vertretungsrecht streng genommen unzuläßig sei, da jene nur gegen solche Personen gerichtet werden könne, welche wirklich einen Dritten im Besitz gestört hätten, wie dieß hier von Seiten der Güterbesitzer gegen die Grundherrschaft geschehen sei. Der Gemeinde als solcher stehe aber kein Recht zur Mithut zu, da sie nicht Eigenthümerin der in der Gemarkung gelegenen Güter (mit Ausnahme der ihr selbst gehörigen) sei, ihr Markungseigenthum, nach §. 2 des zweiten Constitutionsedictes von 1807 und des §. 6 der Gemeindeordnung, vielmehr nur den Inbegriff der von ihr auszuübenden Bann- und Jurisdictionsrechte enthalte und der Gemeinde kein Eigenthum oder

Genußrecht an den Gütern der Gemarkung gebe. Im Uebrigen wollte die Grundherrschaft jetzt ihre Anzeige vom 19. April 1832 als Besitzklage ansehen und diese, da sie noch vor Einführung der neuen Prozeßordnung eingereicht worden, nach dem alten Rechte beurtheilt wissen, um die §§. 747, 748 und 754 der Prozeßordnung nicht gegen sich zur Anwendung kommen zu lassen.

Die Beklagte wurde mit der Duplik ausgeschlossen. Ihr Anwalt remonstrirte zwar dagegen, weil ihm bis jetzt die Replik noch gar nicht zugekommen sei. Das Untergericht beharrte jedoch bei der Präclusion und gab unterm 25. Juli 1832 den Bescheid:

„daß die klagende Grundherrschaft im Besitze des ausschließlichen Weidrechts auf Eberstadter Gemarkung zu schützen sei, daher die Beklagte sich ungesäumt des Austreibens eigener Schafe auf gedachter Gemarkung bei Vermeidung einer der Klägerin zufallenden Geldbuße von 25 fl. zu enthalten, auch den der Klägerin erweislich verursachten Schaden zu ersetzen, endlich die Prozeßkosten allein zu tragen habe."

Die Beklagte beschwerte sich gegen den ganzen Inhalt dieses Erkenntnisses und nebenbei auch wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, weil die Klägerin nicht zur Production der Originalurkunden angehalten, die Beklagte selbst aber mit der Duplik ausgeschlossen worden, ohne daß ihr eine Replik zur Entgegnung sub præjudicio zugekommen sei. — Neue Thatsachen und Beweise wurden in der Appellationsinstanz von keiner Seite vorgebracht.

Nach gepflogener Verhandlung erkannte das Großh. Hofgericht durch Urtheil vom 18. April d. J. abändernd zu Recht:

„daß die Klägerin mit der erhobenen Besitzklage, vorbehaltlich des Petitoriums, unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen, abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Eingabe de præs. 23. Juli 1832 als die eigentliche Besitzklage anzusehen und diese, wie darin selbst richtig angenommen wird, nach den Bestimmungen der neuen Prozeßordnung zu beurtheilen ist;

In Erwägung, daß demnach die Klägerin, indem sie Schutz im Besitz des ausschließenden Schafweidrechts auf Eberstadter Gemarkung begehrt, die im §. 750 der Prozeßordnung als Erforderniß der Besitzklagen aufgezählten Thatsachen nachweisen und außerdem in Gemäßheit der L. R. S. 688, 691 und des §. 747 der Prozeßordnung den Rechtstitel der Erwerbung beibringen muß;

In Erwägung, daß zwar die Besitzklage innerhalb Jahresfrist von dem Zeitpunkt der vermeintlichen Störung an rechtzeitig erhoben und der langjährige Alleingenuß der Klägerin bis zum 10. April 1832 unwidersprochen, sonach der hierüber angetretene Zeugenbeweis überflüssig ist;

In Erwägung aber, daß dieser bisherige Alleingenuß, selbst wenn er unvordenklich seyn sollte, darum nicht als Besitz eines ausschließenden Dienstbarkeitsrechts gelten kann, weil das aus dem Eigenthum an dem dienenden Gute fließende Mitweidrecht durch bloßen Nichtgebrauch nach L. R. S. 2232 niemals verloren geht;

In Erwägung, daß für die Ausschließlichkeit des grundherrlichen Schäfereirechts auch überall kein Rechtstitel und Beweis beigebracht ist, da die Familientheilungsverträge von 1564 und 1620 über den Ursprung und Anfang der Schäferei nichts enthalten, während das Urtheil von 1776 die Gemeinde und Unterthanen zu Eberstadt nur mit ihren Ansprüchen an die herrschaftliche Schäferei abweist, also der Gemeinde oder den Güterbesitzern weder das Mithutsrecht abspricht, noch der Grundherrschaft ein ausschließliches Recht zuerkennt, und der Vergleich von 1781 weiter nichts besagt, als daß es bei jenem Urtheil sein Verbleiben haben soll;

In Erwägung, daß mithin die Klägerin schon darum keinen Schutz im Besitz des ausschließlichen Schafweidrechts ansprechen kann, weil das Austreiben einer Schafheerde von Seiten der Gemeinde, die nur das ihr unbenommene Mithutsrecht geltend macht, eine befugte und keine eigenmächtige Handlung, folglich keine widerrechtliche Störung des grundherrlichen Besitzes ist;

In Erwägung, daß der von der Klägerin gemachte Einwurf, es stehe an den Privatgütern nur den einzelnen Besitzern das Eigenthums- und Nießungsrecht, hingegen der die Rolle der Beklagten übernehmenden Gemeinde als solcher nur die Markherrschaft und folglich kein Mithutsrecht zu — nichts zu bedeuten hat, weil neben dem Gemeinderath und Bürgerausschuß die einzelnen Grundbesitzer die Vollmacht mit unterzeichnet und dadurch beurkundet haben, daß die gemeinheitliche Schafheerde mit Genehmigung aller Betheiligten ausgetrieben wird;

In Erwägung, daß die keines weiteren Beweises bedürfende Einrede des Mitweidrechts nach den §§. 748 und 754 der Prozeßordnung hier um so gewisser berücksichtigt werden darf, als einerseits die von der Beklagten widersprochene Behauptung, daß die grundherrliche Heerde durch das Austreiben der bürgerlichen Schafe in der Weide geschmälert werde, nicht erwiesen, daher auch in diesem abgekürzten Verfahren nicht zu beachten und andererseits das Vorbringen der Güterbesitzer, daß sie früher eben so statt der Schafe ihr Rindvieh ausgetrieben hätten, von der Klägerin nirgends in Abrede gestellt worden ist;

In Erwägung, daß daher die Beklagte durch den unterrichterlichen Bescheid allerdings beschwert ist, weil Derjenige, welcher ein ihm zustehendes Recht ausübt, auf die ungegründete Einsprache eines Dritten weder zur Unterlassung noch zur Strafe und Entschädigung angehalten werden kann;

In Erwägung endlich, daß die hierdurch von selbst erledigte Beschwerde wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens übrigens unerheblich ist, weil nicht behauptet wird, daß dem appellantischen Theil durch die von dem Unterrichter angeblich begangenen Formfehler in der Hauptsache Unrecht geschehen sei;

Aus diesen Gründen mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Anmerkung. Dieser Fall ist in mehrfacher Beziehung jenem ähnlich, womit der erste Jahrgang der Annalen beginnt.

Bayer.

II.

Ueber die mündlichen Rechtsausführungen bei den Appellationsgerichten.

In der öffentlichen Gerichtssitzung wird von den gegenseitigen Anwälten häufig so lang hin- und hergesprochen, daß jeder zwei-, bis drei- und viermal an das Wort kommt. Wäre hiebei die Zeit nicht in Anschlag zu bringen, so möchte dieß hingehen, wiewohl nicht geläugnet werden kann, daß durch das viele Hin- und Herreden nicht selten die Sache verwirrt statt klar gemacht wird. Es mag genügen, daß jeder Theil einmal das Wort hat; bleibt nach dieser Rede und Gegenrede noch irgend ein Punkt unaufgeklärt oder erläuterungsbedürftig, so ist es an dem Gerichte, von seinem Fragrecht Gebrauch zu machen. So scheint es auch der Gesetzgeber zu wollen. Sieht man nämlich zuerst auf die schriftlichen Rechtsausführungen, so findet dabei kein Wechselverfahren Statt; zu ihrer Beibringung wird beiden Parteien ein und dieselbe Frist gesetzt, die Ausführung jeder Partei wird der anderen lediglich zur Nachricht mitgetheilt. §. 336 der Prozeßordnung; von Weiler Motive zu §. 333—337 Nr. 4.

Bei der mündlichen Verhandlung hat der Kläger den ersten Vortrag. Er beginnt mit Darlegung des Thatsächlichen, trägt die streitigen Thatsachen gesondert von den unstreitigen vor, stellt die zur Entscheidung der Sache gehörenden wesentlichen That- und Rechtsfragen auf, worauf er die rechtliche Ausführung folgen läßt. Gleiche Ordnung befolgt der mündliche Vortrag des Beklagten. §. 1113 und 1114 der Prozeßordnung. Man ersieht hieraus, daß jedem Theil in der Regel nur einmal das Wort gestattet seyn soll.

In den schriftlichen Rechtsausführungen sind neue thatsächliche Anführungen unzuläßig und dürfen vom Richter nicht berücksichtigt werden, §. 337. Das Nämliche gilt von der mündlichen Schlußverhandlung bei den Appellationsgerichten.

Die Beschwerden, die neuen Thatsachen und Beweise müssen in der schriftlichen Vorverhandlung von beiden Theilen vorgebracht werden, §. 1169, 1170, 1213 u. 1218. Jede Partei kann sich daher im Voraus auf die Widerlegung des gegnerischen Vorbringens gefaßt machen, es wäre denn, daß z. B. der Appellat sich des Rechts der Anschließung erst in der öffentlichen Gerichtssitzung bedient, oder, nachdem er mit der schriftlichen Vernehmlassung ausgeschlossen oder dazu nicht aufgefordert (§. 1215) worden war, jetzt noch das Vorbehaltene oder Versäumte nachbringt, §. 1211 und 1219. Für dergleichen Fälle ist es dem Gerichte anheim gestellt, jeder Partei mehr als einmal das Wort zu gestatten. Nur ist der Beklagte (der Appellat, der Adhäse ꝛc.) zuletzt zu hören, §. 1120.

Der Präsident hat vorzüglich darüber zu wachen, daß die vorgeschriebene Ordnung der Parteivorträge eingehalten, das Fragrecht der Parteien und der Richter in gesetzlicher Ordnung ausgeübt, daß die mündliche Verhandlung in dem angemessenen Zeitpunkt geschlossen werde ꝛc. ꝛc., von Weiler a. a. O. zu §. 1118 - 1125.

Dieses schwierige Amt kann aber nur dadurch erleichtert werden, daß die Anwälte auch unaufgefordert die vorgeschriebene Ordnung befolgen und sich, mit Hinweglassung alles Ueberflüssigen, eines kurzen bündigen Vortrags befleißigen, der die zur Entscheidung der Sache gehörenden That- und Rechtsfragen umfaßt und beleuchtet. Den Anwälten muß eben so sehr an der Beschleunigung der Verhandlungen und Entscheidungen gelegen seyn, als dem Gerichte selbst. Nur die gleichmäßigen Bestrebungen von beiden Seiten machen die Erreichung des Zieles möglich, welches der Gesetzgeber mit weiser Sorgfalt für eine gute und schnelle Justizpflege vorgesteckt hat. Die Zeit ist Gold; wird sie verschwendet, so geht auch dieses verloren. Möge das beherziget werden!

Bayer.

III.

Anfrage.

A. hat eine bedeutende Handschriftsforderung an B.; B. stirbt und hinterläßt ein, zur Deckung jener Forderung hinreichend großes, in Fahrniß und Liegenschaften bestehendes Vermögen; C., sein einziger Sohn und Erbe, besitzt wenig Activum, wohl aber viele Schulden.

Quæritur, was hat A. zu thun, damit er aus dem Nachlasse des B. vorzugsweise befriediget und seine Befriedigung durch Concurrenz der Gläubiger des C. nicht geschmälert werde? Man wird erwiedern, er habe sich nach den L. R. S. 878, 880, 2111 und 2113 zu benehmen, — und allerdings leidet es keinen Zweifel, daß, wenn er sich nach denselben benimmt, das heißt, wenn er die Sonderung des Nachlasses des B. von dem Vermögen des C. erwirkt (878, 880) und sein Vorzugsrecht binnen sechs Monaten auf die Liegenschaften des Erblassers inscribiren läßt (2111, 2113), seine Forderung vollkommen gesichert erscheint. Allein, wie ist diese Absonderung — wie diese Inscription zu erwirken? nur dieses Wie? bildet die Anfrage. Der verstorbene B. war Grundherr, der Erbe ist es ebenfalls; der Nachlaß ist großentheils Lehen. Hat nun

1) A. die Absonderung bei der, das Amtsrevisorat vorstellenden Kreisregierung nachzusuchen, oder hat er eine Absonderungsklage bei dem Hofgerichte anzustellen? gegen wen ist diese Klage zu richten, gegen den Erben, oder gegen dessen persönliche Gläubiger? worin besteht das in dem einen oder anderen Falle von der Kreisregierung oder von dem Hofgerichte zu pflegende Verfahren? (die Forderung ist nicht zu beanstanden.)

2) Wie sind die Worte des L. R. S. 2111 „auf ein jedes dieser Güter" zu verstehen? genügt es nämlich, daß die Eintragung in den verschiedenen Pfandschreibereien, zu denen die Güter des Erblassers einschlagen, in folle geschieht, oder hat eine specielle Eintragung auf jedes einzelne Grundstück zu geschehen?

Belehrungen über diese Fragen würden den Querenten zu besonderem Danke verpflichten, und besonders interessant wäre es demselben, zu erfahren, wie es die Praxis in einem solchen Falle zu halten pflegt.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 24. Mai 1834.

I.

Rechtsfall über einen unbedingten Befehl wegen eines Schadens eigener Art.

Der evangelische Kirchengemeinderath zu Karlsruhe stand um eine einstweilige Verfügung als unbedingten Befehl gegen die Domänenverwaltung allda dahin an, daß derselben aufgegeben werde, alsbald für das Geläute in der evangelischen Stadtkirche und für das Blasbalgtreten der dortigen Orgel Sorge zu tragen.

Diesem Gesuch ward auch alsbald entsprochen unter folgenden Entscheidungsgründen:

In Erwägung, daß Implorant mittelst zweier vom Stadtamtsrevisorat Karlsruhe beglaubigter Abschriften eines Erlasses der Großh. Hofdomänenkammer vom 26. März 1832 und vom 25. Febr. 1833 hinreichend bescheinigt hat, daß der das Geläute und Orgeltreten in der evangelischen Stadtkirche zu Karlsruhe früher besorgende Glöckner von der Domänenverwaltung Karlsruhe dafür besoldet und bezahlt war, diese Besoldung und Bezahlung für erwähntes Geschäft aber seit dem Jahre 1833 dergestalt sistirt worden ist, daß die Domänenverwaltung Karlsruhe dafür nichts mehr zahlt, und daß nach dem im Original vorgelegten Schreiben des Stadtmeßners Wolf in Karlsruhe vom 10. d. M. dieser seither das Geläute und das Orgeltreten in der evangelischen Stadtkirche besorgt, und dessen Besorgung auf eigene Kosten vorschüßlich bestritten hat, er sich aber nun weigert, dieses ferner zu thun;

In Erwägung, daß nach Lage der Sache, wo für das Geläute und Orgeltreten in der evangelischen Stadtkirche zu Karlsruhe ein vom Domänenfiscus eigends dazu angestellter und besoldeter Glöckner bestand, es nicht in der Dienstpflicht des Stadtmeßners Wolf lag, das Geschäft des Glöckners zu besorgen und zu verrichten, er aber alsdann auch als unbetheiligter Dritter in dieser Hinsicht nicht verpflichtet ist, dieses Geschäft selbst unentgeldlich zu verrichten, oder auf seine Kosten besorgen zu lassen, demnach seine Weigerung der Fortbesorgung dieses Geschäfts auf seine Kosten eine rechtmäßige ist;

In Erwägung, daß alsdann die evangelische Kirchengemeinde zu Karlsruhe in die Lage gesetzt ist, daß ihr zur Versammlung der Glaubensgenossen bestimmtes Kirchengeläute verstummt, und daß ihre zur Erbauung der versammelten Frommen und zur Begleitung und Aufrechthaltung des Herz und Gemüth erhebenden Kirchengesangs errichtete Orgel schweigt, welches beides, zumal bei den herannahenden hohen Feiertagen der heiligen Char- und Osterwoche, einen öffentlichen Scandal, und, in so fern christliche Religionsübung kein leerer Schall seyn soll, was ein christlicher Staat nie zugeben kann und darf, damit einen großen und unersetzbaren Schaden für die gesammte evangelische Kirchengemeinde zu Karlsruhe erzeugen würde;

In Erwägung, daß die Abwendung dieses Schadens vor allem dem Domänenfiscus obliegt, indem gegen ihn hinreichend bescheinigt ist, daß auf seine Kosten das Geläute und das Orgeltreten früher besorgt wurde, und nur durch seine einseitige Sistirung des Gehalts für dieses Geschäft es jetzt nicht mehr verrichtet zu werden droht, einseitige Veränderungen eines bestandenen Rechtsverhältnisses aber nicht aufrecht zu erhalten und anzuerkennen sind;

so wird, hingesehen auf die §§. 709, 710, 711, 712, 716 der Prozeßordnung, anmit von Richteramtswegen und mit einstweiliger Kraft verfügt:

„daß die Domänenverwaltung Karlsruhe bis zur Entscheidung über die angezeigte Klage wegen der rechtlichen Verbindlichkeit zur Bezahlung des Geschäfts für das Geläute und das Orgeltreten in der evangelischen Stadtkirche zu Karlsruhe, oder bis zur Zurücknahme dieser Verfügung, dieses Geschäft auf ihre Kosten sogleich zu besorgen, und im gehörigen Maß verrichten zu lassen habe, und zwar bei Vermeidung, daß sonsten bei Verweigerung dieser Besorgung der evangelische Kirchengemeinderath zu Karlsruhe ermächtigt werde, dieses Geschäft in billigem Maß

auf Kosten der Domänenverwaltung Karlsruhe verrichten und besorgen zu lassen. Also verfügt. Rastadt rc. rc."

Sander.

II.

Anfrage über die Beweislast bei fortlaufenden persönlichen Leistungen, als Nebenstück zu der Abhandlung Nr. 13 zweiter Jahrgang.

In dem sogenannten petitorischen Prozeß der Gemeinde Weingarten und der evangelischen Pfarrei allda, worin sich die Gemeinde des Rechts theilhaftig machen wollte, den Holzbezug der Pfarrei herabzusetzen, behauptete sie, daß das von ihr abgegebene Holz die Natur einer Bürgergabe besitze, während sich die Pfarrei dieß Recht als einen Theil ihrer Besoldung beilegte. Ueber die Beweisschuldigkeit ward vielfach gestritten, sie wurde der Gemeinde aufgebürdet, und vom Oberhofgericht dieses mit den Entscheidungsgründen bestätigt, woraus auch die Sachfälligkeit der Gemeinde gefolgert wurde.

„Da nach L. R. S. 1235 jede Zahlung eine Schuld voraussetzt, nach L. R. S. 1315 Derjenige, welcher von einer Verbindlichkeit wieder frei geworden zu seyn behauptet, den Thatumstand beweisen muß, auf welchem die Erlöschung der Verbindlichkeit beruht, so war rc." *)

Sind diese Rechtsgrundsätze die richtigen?

Antwort. Niemals. Wenn der L. R. S. 1235 in jeder geschehenen Zahlung eine Schuld voraussetzt, so ist dieß die aus dem Leben gegriffene Erfahrung der L. 25 d. de probat. qui enim solvit, nunquam adeo resupinus, ut facile suas pecunias jactet, und es folgt daraus eine Vermuthung, daß irgend eine Schuld von Seiten des Zahlenden bestand. Wenn also der Zahlende das Bezahlte mit der condictio indebiti zurückverlangt, und damit behauptet, daß er dem Empfänger nichts schuldig gewesen seie, so muß er dieses Nichtschuldigseyn beweisen; für eine condictio indebiti ist also der L. R. S. 1235 zur Begründung der Beweisschuldigkeit des Klägers zu gebrauchen **).

---

*) Die Entscheidungsgründe lauten in extenso folgendermaßen:

1) Die klagende Gemeinde Weingarten bestreitet es nicht, daß der jeweilige evangelische Pfarrer daselbst Brennholz aus ihren Gemeindswaldungen zu beziehen habe, wie sie es auch nicht beabredet, daß das Brennholz, welches derselbe bis zur Anstellung der gegenwärtigen Klage wirklich bezogen hat, in jährlichen zwölf Klaftern bestehe.

Sie behauptet aber,

2) daß das Brennholz, welches derselbe aus ihren Waldungen zu beziehen habe, bloß eine, in sechs Klaftern bestehende, denselben Beschränkungen, wie die Bürgergaben der übrigen Ortseinwohner hinsichtlich der Verfügungsgewalt darüber unterliegende doppelte Bürgergabe sei, und daß die weiteren sechs Klafter bis dahin nur aus persönlichen Rücksichten für den Pfarrer und ohne Verbindlichkeit zur künftigen weiteren Verabreichung an denselben verabreicht worden seien, während

3) die beklagte Pfarrei das bis dahin von dem jeweiligen evangelischen Pfarrer mit zwölf Klaftern jährlich bezogene Holzquantum als einen Besoldungstheil für denselben in Anspruch nimmt.

Da jedoch

4) nach L. R. S. 1235 jede Zahlung eine Schuld des Zahlenden voraussetzt, und da

5) nach L. R. S. 1315 Abs. 2 Derjenige, welcher von einer Verbindlichkeit wieder frei geworden zu seyn behauptet, den Thatumstand beweisen muß, auf welchem die Erlöschung seiner Verbindlichkeit ruht;

da eben so

6) nach §. 400 der neuen Prozeßordnung der Kläger die den Grund seiner Klage ausmachenden, aber vom Beklagten widersprochenen Thatsachen zu beweisen hat, so ist

7) hier Klägerin allerdigs der beweispflichtige Theil und ihr mit Recht vom Unterrichter in dem Zwischenbescheide vom 29. Januar v. J. der Beweis auferlegt worden: daß das von ihr der dortigen evangelischen Pfarrei zu verabfolgende Holzquantum bloß eine Bürgergabe, und daß sechs Klafter davon der Pfarrei nur unter dem Titel eines Precariums zu verabfolgen seien.

Sie hat aber

8) diesen ihr obliegenden Beweis nicht nur nicht geführt, sondern vielmehr in erster, zweiter und dritter Instanz ausdrücklich einbekannt, ihn nicht führen zu können, weßhalb ihr

9) durch den vom Großh. Hofgericht bestätigten, sie mit ihrer Klage unter Verfällung in die Kosten abweisenden Bescheid des Oberamtes Durlach vom 22. Febr. 1833 um so weniger Unrecht geschehen ist, als Schultheiß und Gericht, als die gesetzlichen Vertreter der Gemeinde, in denen für die Jahre 1786, 1788 und 1789 aufgestellten, und von dem ehemaligen Oberamte Bretten beurkundeten, im Auszuge zu den Acten gebrachten Brandholzbedarfslisten selbst das von dem evangelischen Pfarrer zu beziehende Holzquantum ad zwölf Klafter Besoldungsholz nennen; und da

10) der Kostenpunkt sich nach der Hauptsache richtet; — so mußte, wie geschehen, das den unterrichterlichen Bescheid bestätigende hofgerichtliche Erkenntniß, unter Verfällung der Oberappellantin in die Kosten dritter Instanz, lediglich bestätigt werden. Br.

**) Könnte die Gemeinde Weingarten die Nichtschuldigkeit beweisen, so dürfte sie nicht nur die Fortentrichtung der Holzabgabe verweigern, sondern auch das seit Jahren bereits Abgereichte nach S. 1235 und S. 1376 mittelst der cond. indebiti wieder zurückfordern. Gerade hierin liegt aber ein weiterer Grund, daß da, wo nichts zurückgefordert, sondern nur die künftige Leistung dessen, was früher geleistet wurde, verweigert wird, nicht ebenfalls schon der Beweis der Nichtschuld geführt werden muß.

D. R.

Wenn aber, wie hier, eine condictio indebiti nicht angestellt ist, wenn nicht behauptet wird, die Gemeinde Weingarten ist der Pfarrei gar nichts schuldig, sondern wenn eine Schuldigkeit — die Abgabe von Holz — zugegeben, und nur über die Natur dieser Abgabe gestritten wird, so läßt sich aus dem ganz allgemein auf die Zahlung einer Schuld cujusque generis lautenden L. R. S. 1235 nicht schließen, daß nun diese bezahlte Schuld gerade die Natur der Schuld gehabt habe, welche der Empfänger behauptet, und aus ihm läßt sich also eine Beweisschuldigkeit des Zahlenden für die Natur der Schuld in keiner Weise ableiten. Aber noch viel weniger konnte der L. R. S. 1315 zur Begründung der Beweisschuldigkeit der Gemeinde Weingarten gebraucht werden. Er geht offenbar von dem Fall, und nur von dem Fall aus, wo über den Bestand und die Art einer Verbindlichkeit kein Streit besteht, sondern solche anerkannt ist, und wo nur der Verpflichtete das Erlöschen dieser in quali et quanto sichern Verbindlichkeit behauptet *). Alsdann liegt ihm nach dem bekannten Rechtssatz: „affirmanti incumbit probatio“ der Beweis dieses Erlöschens auf. Wenn aber, wie es hier der Fall war, unter den Parteien so viel richtig war, daß die Pfarrei Weingarten von der Gemeinde jährlich zwölf Klafter Holz empfieng, und nun der Streit sich lediglich darum drehte, ob diese zwölf Klafter Holz die Natur einer Bürgergabe, oder eines Besoldungstheils für die Pfarrei hatten, so ist gar nicht einzusehen, wie der L. R. S. 1315 mit Grund hier angewendet wird, und welche Verbindlichkeit, deren Art und Bestand von der Gemeinde schon anerkannt ist, hier erloschen seyn soll. Daß die Holzabgabe an die Pfarrei die Natur einer Besoldung besitzt, hat die Gemeinde nie zugegeben, demnach bei Läugnen des Anfangs des Bestands dieser Verbindlichkeit ihr Erlöschen gar nicht behauptet, eine allgemeine Verbindlichkeit zur Abgabe von zwölf Klafter Holz ist aber nicht Gegenstand des Streits, denn damit wäre nur die Quantität der Verbindlichkeit bestimmt, die Qualität aber, der Rechtsgrund der Verbindlichkeit, welcher doch das wahrhaft Streitige bildet, wird dadurch nicht bestimmt, und bei Abseyn einer in quali nicht bestimmten Verbindlichkeit läßt sich daher eine Anwendbarkeit des gerade eine in quali sichere Verbindlichkeit voraussetzenden L. R. S. 1315 in keiner Weise rechtfertigen. Man sieht zwar deutlich, daß das Oberhofgericht in Folge seiner Entscheidungsgründe zu dem vorangehenden Besitzprozeß annahm, daß der langjährige Bezug der zwölf Klafter Holz die Verbindlichkeit der Gemeinde selbst in quali et quanto constituirte, allein es ist schon in der klaren Redactionsnote zu diesen Entscheidungsgründen auf das Bestimmteste nachgewiesen, daß das Factum der Abgabe nicht einmal einen Besitz der persönlichen Verbindlichkeit, geschweige aber alsdann gar noch die persönliche Verbindlichkeit selbst bestellen und darthun konnte, und läßt sich die Entscheidung des Besitzprozesses nicht in Rechten begründen, so ist auch die Entscheidung des sogenannten petitorischen Rechtsstreits noch weniger begründet. Will man dieses aber damit thun, daß man ganz allgemein sagt, die Gemeinde hat die Klage im letzten Prozeß angestellt, und mußte also beweisen, so hätte man denn doch, nachdem man einmal die Lehre des Besitzes in den Rechtsstreit hereinzog, auch die Lehre annehmen sollen, daß selbst bei der actio negatoria der Besitzer der Servitut ihren Rechtsgrund beweisen muß. Ueberhaupt ist es hierbei der Gemeinde Weingarten schlimm ergangen. Es wurde gegen sie eine unbegründete und sonach unzuläßige Besitzklage angestellt, man nahm nun unbegründet genug einen Besitz an, und gebrauchte alsdann im Hauptprozeß den unbegründeten Besitz als Beweis des Hauptrechts selbst. Eine gesetzmäßige Einleitung des Rechtsstreits wäre die gewesen, daß man bei Weigerung der Abgabe des Holzes von Seiten der Pfarrei um eine einstweilige Verfügung angestanden wäre, und in der folgenden Hauptklage alsdann das Recht auf das Holz als Besoldungstheil bewiesen hätte. Als Bestätigung der Ansicht der Redactionsnote über den hier vorgekommenen Besitzprozeß dient aber noch, daß unbedingte Befehle und einstweilige Verfügungen der §§. 702 und 709 der Prozeßordnung die gesetzlichen Schutzmittel dergleichen fortlaufender persönlicher Verbindlichkeiten sind, und daß man bei deren Bestand nicht nöthig hat, auf den nur für unbewegliche Sachen und Rechte bestimmten Besitzprozeß zu greifen. Eine sonderbare Erscheinung kann aber hier damit eintreten, daß die katholische Pfarrei Weingarten mit der Gemeinde jetzt noch in einem ganz gleichen Rechtsstreit steht, wie er für die evangelische

---

*) Das Oberhofgericht scheint hier den Satz:
„die Gemeinde hat dem Pfarrer Holz verabreicht,“
mit dem Satze:
„sie war privatrechtlich verbunden, dem Pfarrer das Holz zu verabreichen,“
verwechselt zu haben.

Wäre der letztere Satz richtig, so unterläge es keinem Zweifel, daß die Gemeinde zu beweisen hätte, wie sie von ihrer Verbindlichkeit wieder befreit worden sei; aber eben jener letzteee Satz ist es, der vorerst noch zu erweisen ist, denn die Gemeinde widerspricht, daß sie je die Verbindlichkeit zur fraglichen Holzabgabe gehabt, oder auf sich geladen habe, und wer auf diese einmal bestandene Verbindlichkeit Ansprüche gegen die Gemeinde gründet, hat eben nach S. 1315 zu beweisen, daß und wodurch diese Verbindlichkeit je entstanden sei. Als ein solcher Beweis kann aber die bloße Thatsache der früheren Leistungen nicht gelten, da dieß nur ein Indizienbeweis wäre, und kein Gesetz besteht, welches eine solche Schlußfolge von der Thatsache des Holzbezugs auf das Daseyn einer ständigen Berechtigung, wie der Satz 1350 es fordern würde, festsetzt. D. R.

Pfarrei entschieden wurde, und daß sie bei Anwendung der richtigen Grundsätze vielleicht nicht das günstige Ergebniß erwirkt, als ihre glücklichere Amtsgenossin.

S. —

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Ablehnung des Richters wegen besorgter Befangenheit.

(Nachtrag zu dem Artikel III. in Nr. 13 der Annalen.)

Die unbetheiligte Mehrheit der Hofgerichtsmitglieder faßte in der Sitzung vom 8. April d. J. den

Beschluß:

In Erwägung, daß der katholische Kirchenfiscus sechs Mitglieder des Hofgerichts, welche in dem Rechtsstreite des Heiligenfonds von Oberschefflenz gegen Johann Martins Erben von Kleineichholzeim, Gültforderung betreffend, als Mitglieder des zweiten Senats des gedachten Collegiums bei Fällung des Erkenntnisses vom 4. Febr. 1832 Nr. 974 abgestimmt hatten, nunmehr in dem Rechtsstreite des katholischen Kirchenfiscus, als Vertreter des gedachten Fonds, gegen dieselben Beklagten deßhalb, weil jene Mitglieder in dem früheren Rechtsstreite votirt hatten, auf den Grund des §. 60 der Prozeßordnung wegen besorgter Befangenheit ablehnen will;

In Erwägung, daß zwar nach §. 59 der Prozeßordnung im Allgemeinen ein Richter abgelehnt werden darf, wenn solche Verhältnisse vorhanden sind, unter denen einer Partei kein ungeschwächtes Vertrauen auf die Unbefangenheit des Richters zugemuthet werden kann;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle dreier Mitglieder des vormaligen zweiten Senates schon um deßwillen unerheblich ist, weil sie nicht in den gegenwärtigen dritten Senat eingetreten sind, zu dessen Geschäftskreise der in Frage liegende Rechtsstreit jetzt gehört;

In Erwägung, daß eine besorgte Befangenheit, welche aus der Entscheidung des früheren Rechtsstreites abgeleitet werden soll, nur in so fern zum Nachtheile des Kirchenfiscus denkbar wäre, als der Abzulehnende damals gegen das Interesse des Fiscus gestimmt hätte, welcher Fall jedoch rücksichtlich eines der aus dem zweiten in den dritten Senat übergangenen Hofgerichtsmitglieder nicht vorliegt, indem dieses damals eine Reformatoria zu Gunsten des Heiligenfonds in Antrag brachte, also rücksichtlich des erwähnten Mitglieds überall kein Grund zur Ablehnung durch den Kirchenfiscus vorhanden seyn konnte;

In Erwägung, daß aber auch die beiden anderen, aus dem zweiten in den dritten Senat eingetretenen Mitglieder um deßwillen nicht abgelehnt werden können, weil der §. 60 der Prozeßordnung eine Befangenheit, wie sie hier behauptet wird, nur dann unterstellt, wenn ein Richter in einer früheren Instanz in demselben Rechtsstreite gesprochen hat, die hofgerichtliche Entscheidung vom 4. Febr. 1832 in Sachen des Heiligenfonds gegen Martin aber nicht als die Entscheidung einer früheren Instanz über denselben Rechtsstreit anzusehen und kein gesetzlicher Grund zu einer ausdehnenden Interpretation des §. 60 der Prozeßordnung vorhanden ist;

In Erwägung, daß die oben erwähnte gesetzliche Bestimmung der Ablehnung der unter Absatz 2, 3 und 4 gedachten hofgerichtlichen Mitglieder ebenfalls entgegensteht; —

Aus diesen Gründen wird das Ablehnungsgesuch, unter Verfällung des Kirchenfiscus in die hierdurch veranlaßten Kosten, verworfen.

Da gegen diese Entscheidung nach §. 74 der Prozeßordnung kein Rechtsmittel Statt findet, so wurde die Sache sofort in den dritten Senat zurückgewiesen und von diesem nunmehr auf die Beschwerdeschrift selbst das Geeignete verfügt.

Bayer.

IV.

Hofgericht am Unterrhein.

Kann auf Erhaltung des Besitzes einer unkörperlichen Sache geklagt werden?

Kirchenfiscus gegen Leiningen.

Namens der katholischen Pfarrei und Schulstelle zu Ripperg ließ der Großh. Kirchenfiscus gegen die fürstlich leiningensche Standesherrschaft am 24. April l. J. bei dem Großh. Hofgericht eine Klage einreichen, des wesentlichen Inhalts: der Pfarrei und Schule zu Ripperg sei bei ihrer Errichtung im Jahre 1600 von ihrem Stifter, Herrn von Echter, welcher als Besitzer des Schlosses Ripperg in den anstoßenden Walldürner Waldungen zur Beholzigung berechtigt gewesen, das nöthige Brennholz aus diesen Waldungen angewiesen und solches allzeit aus dem s. g. Waidsteindistrict, oder, in Ermanglung der erforderlichen Stämme, aus anderen angrenzenden Districten verabreicht worden. Dermalen habe die Pfarrei 20 und die Schulstelle 10 Klafter Buchenholz nebst dem Abfall zu beziehen. Mit dem Tode des letzten Herrn von Echter sei das Schloß Ripperg im Jahr 1665 dem Stifte Würzburg zugefallen, durch einen Vergleich vom Jahr 1812 aber der Waidsteindistrict von der Stadt Walldürn an die fürstlich leiningensche Standesherrschaft gekommen, welche, wie nach der Anlage durch Zeugen erwiesen werde, jenes Competenzholz bis 1833 habe anweisen lassen. Nun habe aber die fürstl. Domänenkanzlei in einem Erlasse vom 27. Juni 1833 erklärt, daß sie den

Salarianten nur die Nothdurft an Brennholz und dabei nicht Buchenscheitholz, sondern nur gemischtes Buchenholz, wie es der Hiebschlag abwerfe, nach dem Satbuch des Amtes Nipperg zu verabreichen schuldig und bereit sei. Dieser Erlaß enthalte die Störung des bisherigen Besitzstandes der Bezugsberechtigten und damit den Grund zu gegenwärtiger Klage, deren rechtzeitige Erhebung nicht bezweifelt werden könne.

Der Klagvortrag schließt mit der Bitte:

„die klagende Pfarrei und Schule in dem gestörten Besitze ihrer Holzcompetenz zu 30 Klaster Buchenscheitholz nebst Abfallreisig zu schützen und Beklagte in die Kosten zu verfällen."

Hierauf erfolgte am 26. April ohne weiteres der

Beschluß:

In Erwägung, daß in der Klage von keinem auf ein bestimmtes Waldstück als dingliche Last radicirten Beholzigungsrecht, sondern lediglich von einer Competenz die Rede ist, welche bald aus dieser bald aus jener Waldung verabreicht worden seyn soll, je nachdem es da oder dort der Stand des hiebbaren Holzes erlaubt hat;

In Erwägung, daß die Weigerung, eine persönliche Verbindlichkeit zu erfüllen, nicht als eine Besitzstörung angesehen werden kann, weil an einer unkörperlichen Sache kein Besitz denkbar ist;

In Erwägung, daß mithin hier, wo weder eine bewegliche Sache, noch eine Dienstbarkeit, in Ansehung welcher zugleich der Rechtstitel der Erwerbung hätte beigebracht werden müssen, in Frage steht, eine Klage auf Erhaltung des Besitzes nicht Statt findet und daher den Berechtigten nichts Anders übrig bleibt, als entweder eine petitorische Klage auf Fortentrichtung des strittigen Competenzholzes anzustellen, oder aber nach Anleitung des §. 702 der Prozeßordnung einen unbedingten Befehl zu erwirken; —

Aus diesen Gründen wird nach Ansicht der §§. 252 und 358 der Prozeßordnung unter Verfällung des Klägers in die Kosten verfügt:

„Die Besitzklage findet nicht Statt." *)

Bayer.

*) Hier hat also das Hofgericht am Unterrhein gegen die vom Oberhofgericht in dem in Nr. 13 II. erzählten Falle geltend gemachte Ansicht entschieden. D. R.

V.

Wann ist eine Ladungsversagung mit den in der neuen Prozeßordnung angegebenen Wirkungen vorhanden?

A. klagte gegen B. auf Zahlung siebenjähriger Lehenzinse zu 1 fl. 12 kr., zusammen somit auf 8 fl. 24 kr. — B. bestritt dagegen die Verbindlichkeit zur Zahlung des Lehenzinses überhaupt.

Hierauf legte der amtliche Respicient in dieser Sache dem Kläger A. den Beweis des Rechts zum Zinsbezug überhaupt auf, und A. trat diesen Beweis an.

Der spätere amtliche Respicient sah die Sache aber anders an, derselbe war des Dafürhaltens, die Klage sei überhaupt zur Zeit noch gar nicht begründet, weil rechtlich die Verbindlichkeit zur Zahlung des Zinses überhaupt noch nicht ausgetragen, vielmehr bestritten sei, früher aber nicht, wie doch geschehen sei, bloß auf den einzelnen Zins geklagt werden könne *).

Ohne die Beweisantretungsschrift zu beachten, wurde die Klage als zur Zeit unbegründet verworfen, und der Kläger A. in die Kosten des Rechtsstreits verfällt.

A., dem am 9. Novbr. v. J. dieses Erkenntniß verkündet worden ist, fand sich dadurch beschwert, stellte aber eine geraume Zeit nach der Eröffnung des Erkenntnisses, nämlich am 19. Decbr. v. J., dem B. durch den Gerichtsboten seines Bezirks

a. die Doppelschrift der Beweisantretungsschrift,
b. das amtliche Erkenntniß mit den Entscheidungsgründen, und
c. die Appellationsanmeldung

zu, und ließ hierauf unter Vorlage des Insinuationsscheins über vorgedachte Zustellung eine Appellationsbeschwerdeschrift dem betreffenden Obergericht einreichen.

Da der Anwalt des A. hierauf wegen der über die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Appellation hinsichtlich der Einhaltung der Nothfrist der Appellationsanmeldung und der Einreichung der Beschwerdeschrift sowohl, als hinsichtlich des Vorhandenseyns der erforderlichen Beschwerdesumme obwaltenden Anstände sich ausweisen mußte, so trug derselbe im Wesentlichen dem zur Nachweisung auffordernden Gerichtshofe vor:

*) Auch merkwürdig! — Der Klaggrund, nämlich die Thatsache, auf welche das Petitum (der Zinszahlung) gestützt wird, soll also nicht erst bei dem Verfahren über dieses Klagpetitum bewiesen werden dürfen, sondern er soll, ehe die Klage über dieses Petitum angenommen wird, schon zum Voraus in einem besonderen Verfahren bewiesen seyn! —

Würde man diese Ansicht strenge verfolgen, und annehmen, die rechtliche Folge einer Thatsache dürfe überall erst alsdann, wenn vorerst die Thatsache urtheilsmäßig anerkannt sei, mittelst einer Klage verfolgt werden, so gäbe es keine Klage mehr, außer die actio judicati, — und wenn einmal die bis zur Annahme dieser Theorie erlassenen Urtheile mit allen ihren Folgen vollzogen wären, so gäbe es alsdann gar keine Klagen mehr, denn bei einer jeden, die man anstellen wollte, würde es an der Voraussetzung fehlen, daß der thatsächliche Grund der Klage, vorher schon durch ein Urtheil als richtig erklärt wäre. D. R.

Die vollständige, eine endliche Entscheidung herbeiführende Verhandlung eines von den streitenden Theilen fortwährend betriebenen Rechtsstreites sei Pflicht des Richters.

Nur ausnahmsweise berechtigten ihn die Bestimmungen des §. 252, und deutlicher noch die §§. 357, 358, 359 und 360 der Prozeßordnung, sobald er erkennt, daß er nicht der zuständige Richter, daß die Klage völlig unbegründet, oder daß sie nicht vollständig und deutlich vorgetragen, oder zur Zeit nicht statthaft wäre, alle Verhandlungen zu sistiren, und auszusprechen:

„die Klage findet hier nicht Statt, die Klage findet nicht Statt, sie findet angebrachtermaßen, sie findet zur Zeit nicht Statt."

Darauf komme es hier nicht an, wann, in welchem Stadium des Prozesses der Richter zur Erkenntniß gelange, daß der Klage aller Klaggrund oder die nöthige Vollständigkeit und Deutlichkeit mangle, oder daß actio nondum nota sei, — in Beziehung auf die Zuständigkeit des Richters dürfte es sich anders verhalten, weil nach erfolgter Einlassung auf die Klage der Gerichtsstand ein prorogirter wird (§. 35 der Prozeßordnung), — sobald er, der Richter, eben erkenne, daß eines der gedachten Verhältnisse vorhanden sei, müsse er auch das aussprechen, wozu ihn die Bestimmungen der §§. 358—360 der Prozeßordnung berechtigten, beziehungsweise verpflichteten *) und durch diesen Ausspruch entweder die nachgesuchte Ladung versagen oder die schon zugelassene Ladung wieder aufheben.

Im einen wie im andern Falle sei sodann eine Ladungsversagung vorhanden.

Gegen eine solche Ladungsversagung finde aber

a. nach §. 1175 der Prozeßordnung die Appellation Statt, ohne daß eine Appellationssumme vorhanden sei, und

b. läge die Vorschrift zur Anmeldung und Ausführung der Appellation im §. 1230 der Prozeßordnung.

Nach diesen Rechtsansichten sei daher auch in concreto die Appellation rechtzeitig angemeldet und ausgeführt worden, und sei keine Appellationssumme nothwendig.

Der Gerichtshof erkannte dagegen aber zu Recht:

In Erwägung, daß das Urtheil des Bezirksamts K. vom 30. Octbr. v. J., wodurch der Kläger mit seiner zur Zeit noch unbegründeten Klage unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen wurde, keineswegs nur ein — die Ladung des Beklagten versagendes, auf einseitiges Vorbringen ergangenes Decret, sondern ein nach wirklich gepflogenen Verhandlungen, und auf den Grund dieser Verhandlungen, insbesondere auch (wie sich aus den unterrichterlichen Entscheidungsgründen ergiebt) auf den Grund der negativen Einlassung des Beklagten auf die Klage ergangenes förmliches, und darum der Rechtskraft empfängliches Urtheil ist;

vd. Weiler, Motive zur Prozeßordnung §. 1242 modo 1237; Grollmann, Theorie der gerichtlichen Verfassung §. 98, 99 und 100; Martin, Lehrbuch des B. Prozesses §. 103, 108 u. 109.

In Erwägung, daß bei Appellationen gegen solche der Rechtskraft fähige Entscheidungen der Lauf der Nothfristen kraft Gesetzes vom Tage der Urtheilsverkündung an beginnt, und nicht von dem einseitigen Willen einer Streitpartei abhängen kann, folglich auch nicht die Bestimmungen der §§. 1230—1238 der Prozeßordnung, die nur von der Appellation gegen eine einseitige, die Ladung versagende richterliche Verfügung sprechen, sondern die Vorschriften der vier ersten Abschnitte des 46. Titels der Prozeßordnung zur Anwendung kommen können, wornach die Zuläßigkeit einer Appellation unter anderen wesentlich darauf bedingt ist, daß die Anmeldung binnen 14 Tagen, und die Beschwerdeausführung binnen 42 Tagen, in Fällen des abgekürzten Verfahrens aber erstere binnen 8, letztere binnen 21 Tagen geschehe, oder daß aus den im §. 1205 bezeichneten Gründen Wiederherstellung gegen die Versäumung der Nothfristen erwirkt werde;

In Erwägung, daß im concreten Falle keine dieser alternativen Bedingungen der Appellationszuläßigkeit vorliegt, indem das angefochtene Urtheil in dieser dem Streitwerth nach zum abgekürzten Verfahren geeigneten Sache schon am 9. Nov. v. J. verkündet, die Appellation dagegen aber erst am 19. Decbr. v. J. angemeldet und am 22. ejusdem ausgeführt wurde;

In Anbetracht endlich, daß überdieß auch die weiter — als Regel bestehende Bedingung der Appellationszuläßigkeit, das Daseyn der Appellationssumme, hier fehlt, und da gezeigtermaßen das unterrichterliche Erkenntniß keine bloße Ladungsversagung ist, keiner der Ausnahmsfälle des §. 1175 eintritt;

Aus diesen Gründen erklärt der Gerichtshof die Appellation für unzuläßig, und verfällt den Appellanten in die Gerichtskosten.

F. S.

VI.

Hofgericht zu Rastadt.

In einer Pfandverschreibung hatte ein Ortsgerichtspersonal bezeugt, daß auf den beschriebenen Unterpfändern auch

*) Darnach müßte der Richter auch alsdann, wenn er am Schlusse der Verhandlung erkennt, daß die Klage in Rechten nicht begründet sei, anstatt den Kläger durch Urtheil abzuweisen, nachträglich mit der Formel des §. 358 aussprechen, daß die Klage nicht Statt finde, mit der Wirkung, daß dieses abweisliche Erkenntniß in Beziehung auf die Appellationssumme und auf die Fatalien nur als eine Ladungsversagung anzusehen wäre. D. R.

kein gesetzliches Unterpfand hafte. — Dessen unerachtet zeigte sich in der Folge, daß Kinder erster Ehe des Pfandschuldners vorhanden waren, und gesetzliches uneingetragenes Unterpfandsrecht anzusprechen hatten. — Der Pfandgläubiger kam deßhalb in der ausgebrochenen Gant mit seiner Forderung theilweise in Verlust. Er suchte sich nun an das Ortsgerichtspersonal, das obiges Zeugniß ausgestellt hatte, zu regressiren. Das Amt erkannte auch das gedachte Ortsgericht und zwar in solidum haftbar für ersatzpflichtig. Desgleichen das Großh. Hofgericht des Mittelrheins, zweiter Senat, in seiner Majorität, jedoch die einzelnen Aussteller des Zeugnisses nur pro rata. Ein Votant nahm auch die solidarische Haftbarkeit insbesondere aus dem Grund an, weil sämmtliche Aussteller des Zeugnisses solches nicht als einzelne Individuen, sondern als Ortsbehörde ausgestellt hatten. Ein Votant hielt aber die Regreßklage für gar nicht fundirt, und trug daher auf reformatoriam dahin an: daß der klagende Gläubiger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen lediglich abzuweisen sei. Seine Gründe bestanden darin: die Aussteller des Zeugnisses haben sich mit dem Pfandgläubiger in gar kein obligatorisches Verhältniß gesetzt; sie konnten ihm zur diligentia aber nur verbunden seyn, entweder durch Vertrag oder durch Gesetz, da im Zweifel Niemand anders zur diligentia, sondern nur zu Unterlassung gesetzwidriger Handlungen verbunden sei. In Vertragsverhältniß standen aber die Zeugnißaussteller mit dem Pfandgläubiger gar nicht; denn vom Pfandgläubiger ist nicht an sie das Begehren jenes Zeugnisses gestellt worden, sondern nur vom Schuldner sind sie um dasselbe, bei Ausfertigung des Verlagsscheins, angegangen worden. Kein Gesetz verbinde aber die Aussteller fraglichen Zeugnisses zur Entschädigung, da der von der Majorität angeführte L. R. S. 1382 und 1383 nicht passe, noch auch die Sätze über Bürgschaft, noch die über Empfehlungen oder Rathschläge anschlagen. — Eine unrechte That kann nun zwar die Ausstellung jenes irrigen Zeugnisses nicht genannt werden, da hiezu nach L. R. S. 1382 a. gehört hätte, daß der Kläger behauptet hätte, daß die Zeugnißaussteller wissentlich ein falsches Zeugniß ausgestellt haben, was aber nicht der Fall war, wo ihm sodann der Beweis solcher Behauptung als zu seinem Klagfundament gehörig aufzuerlegen gewesen wäre. Allein dessen unerachtet wird die Majorität mit Recht die Ersatzpflicht anerkannt haben. Denn nach L. R. S. 1383 ist Jedermann, außer dem Schaden, den er durch seine That zufügt, auch jenen zu ersetzen schuldig, der durch seine Nachlässigkeit oder Unverständigkeit für einen Andern entsteht. Daß hiermit nicht der höchste Fleiß gefordert werde, sondern nur der, welcher bei Personen des in Frage liegenden Standes und Berufes gewöhnlich gefunden wird, bedarf kaum der Erwähnung. Im concreten Fall konnte das Ortsgericht aber und mußte ganz leicht davon in Kenntniß seyn, daß Kinder erster Ehe des Schuldners vorhanden waren, und dasselbe hat daher bei Ausstellung des Zeugnisses nicht einmal den gewöhnlichen Fleiß angewandt und durch seine Nachlässigkeit den Gläubiger in Verlust gebracht, indem er, auf dessen Zeugniß bauend, sein Capital hingeliehen hat, was er ohne jenes Zeugniß nicht hergeschossen hätte. Eines besondern Vertragsverhältnisses des Gläubigers mit dem Ortsgerichte bedurfte es, um die Ersatzpflicht des letztern zu bedingen, nicht, indem das Kapitel des Landrechts über Vergehen und Versehen gerade von solchen Delicten und Quasidelicten spricht, die außerhalb Vertragsverhältnissen liegen, und da es genügt, daß der Schaden des Gläubigers aus dem Versehen der beklagten Zeugnißaussteller entsprungen ist, indem von ihnen nicht in Widerspruch gezogen werden konnte, daß der klagende Gläubiger jenes Zeugniß in der Absicht verlangt hat, um darauf seinen Willen, das Capital herzuleihen, zu effectuiren, oder solches zu unterlassen, und daß ihnen — wenn auch nicht gerade vom Gläubiger selbst, sondern vom Schuldner — doch Namens und zum Besten des Gläubigers jene Absicht desselben wohl kund gethan war. Sammtverbindlichkeit der Zeugnißaussteller hat aber um deßwillen nicht Statt, weil diese immer höchst singulärer Natur und im Zweifel nicht zu vermuthen ist. Es schlägt daher auch die von dem einen Votanten für die gegentheilige Ansicht angeführte Analogie des L. R. S. 2127 a. hier nicht ein, da dort ganz andere Fälle aufgeführt sind und die Fälle der Sammtverbindlichkeit der strengsten Auslegung unterliegen *), wornach somit die Regel des S. 1382 d. eintritt, daß von mehreren Thätern, die zu einem Erfolg zusammenwirkten, nur jene sammtverbindlich sind, die vorsätzlich handelten. Hiebei könnte zwar noch auf die allgemeine Regel verwiesen werden, daß in jure culpa lata dem dolus überall gleich zu achten sei und erinnert werden, daß bei Ausstellung des unrichtigen Zeugnisses das Ortsgerichtspersonals allerdings in culpa lata versirt habe; allein hier, wo das Gesetz in einer singulären Vorschrift ausdrücklich nur von dolus spricht, wird auch diese Bestimmung streng auszulegen und somit unter denselben Begriff nicht auch Fahrlässigkeit, als deren höchster Grad, subsumirt werden können.

Dr. Holtzmann.

*) Ohnehin möchte ich den nun einmal in collegio illustri angenommenen Grundsatz, daß der Schlußsatz des Satzes 2127 a. für die dort aufgeführten Fälle von Zeugnißausstellungen Sammtverbindlichkeit für die Aussteller involvire, so unbedingt nicht annehmen, indem die Worte „Jeder Aussteller" und „für allen Schaden" aus denen dieß gefolgert wird, es noch keineswegs so unbedingt enthalten, vielmehr immer der andere S. 1382 d. auch hiermit in Verbindung zu bringen seyn wird.

VII.

Hofgericht am Mittelrhein.

Ein Fall von Vertragsauslegung bei einem Werkverdinge.

Auf Anordnung der betreffenden Staatsbehörde wurde die Ausgrabung eines Murgdurchschnittes durch öffentliche Steigerung in 44 Abtheilungen an die Mindestnehmenden begeben, nach Gestalt eines Werkverdinges.

Unter den Steigerungsbedingungen sagt Nr. 2:

„der ganze Durchschnitt ist in Stücke abgetheilt, von denen jedes 54′ lang und verglichen 99′ breit ist;“

und Nr. 12 fügt bei:

„der Durchschnitt ist auf das niederste Wasser auszuheben, welches acht bis neun Fuß tief unter der Oberfläche des Geländes der Durchschnittsarbeit liegt, und dessen Stand an dem Pegel zu Rastadt am Rohrensteeg = 16,6 Fuß ist.“

Die mit fortlaufenden Nummern ausgebotenen Stücke wurden jedesmal auch nach der Klásterzahl bezeichnet, aber ohne Andeutung, daß Cubikklafter gemeint seien, also auch ohne Bezeichnung der bei Berechnung des Cubikinhaltes unterstellten Tiefe, wobei jedoch auf das Maximum von 9′ gerechnet war.

Während der Arbeit fand jedoch die Wasserbaubehörde die Ausgrabung bis auf 9 Fuß nicht für nöthig; sie ordnete an, daß sie nur bis auf 8 Fuß geschehen solle. Allein nach Vollendung des Werkes minderte sie auch nach dem Verhältniß der geringeren Tiefe den Uebernehmern den Steigerungspreis um 769 fl. 16 kr., und als Letztere, nach vergeblicher Einsprache, deßhalb klagten, wurde zur Rechtfertigung des Abzugs gesagt, die Kläger haben das Werk, nach Cubikklaftern berechnet, übernommen, sie müßten sich also auch wegen weniger gelieferter Arbeit die verhältnißmäßige Preisverminderung gefallen lassen.

Der Gerichtshof erkannte jedoch den Großh. Fiscus für schuldig, den Klägern die Steigerungspreise vollständig zu bezahlen, und begründete dieses Urtheil wie folgt:

Aus dem beiderseits anerkannten Sachverhalte ergiebt sich, daß das Werk keineswegs nach Cubikklaftern, sondern in Bausch und Bogen nach Stücken in Bestand begeben, und daß das Maß derselben allein nach Länge und Breite festgesetzt wurde, nicht aber nach der Tiefe, wo es mit Bezeichnung eines Maximums von neun Schuh vorläufig unbestimmt, und die deßfallsige nähere Bestimmung dem künftigen artistischen Ermessen vorbehalten blieb, ohne anzudeuten, daß dieß den Preis modificiren solle. Der Umstand, daß auch die Klafterzahl bei dem Ausgebot bezeichnet wurde, erscheint somit nicht als Maßstab und Vorbehalt künftiger näherer Preisbestimmung, sondern nur als Mittel zur Beurtheilung des möglichen Umfangs der Arbeit in Folge der artistischen Anordnung, damit hienach die Steigerer ihr Gebot einrichten konnten. Das Resultat dieses künftigen Ermessens erschien also für die Steigerer als etwas Ungewisses, als eine Wagniß, sie mußten sich auf das ihnen angedeutete Maximum gefaßt halten, und deßwegen mußte auch, nach den Pflichten redlicher Vertragsabschließung, ihnen für diese mögliche Ausdehnung der Cubikinhalt berechnet werden. Wenn sie nun ihre Gebote nicht nach Klaftern thaten, sondern im Ganzen nach den einzelnen Stücken, wornach das Werk ausgeboten wurde, so kann man nur annehmen, daß dieß mit Bedacht auf die Wagniß geschah, d. h. eines Theils auf die Möglichkeit, daß die Tiefe von der Behörde nur auf acht Fuß, andern Theils aber auch auf die Möglichkeit, daß solche bis zu neun Fuß bestimmt werde.

Diese Auslegung entspricht dem Geiste des S. 1793, wonach bei Werkverdingen auf Preis und Ueberschlag der Unternehmer wegen gestiegenen Lohns und Stoffpreisen keine Preiserhöhung fordern kann, offenbar weil die Uebernahme auf Wagniß geschah; ferner entspricht sie der Auslegungsregel des S. 1161, wonach bei mehreren Nebengedingen jedes in dem Sinne zu nehmen ist, der sich aus der ganzen Handlung ergiebt, — endlich ist sie der Regel des S. 1162 und 1602 gemäß, weil hier es sich von einem Gegenstande handelt, wo die Staatsbehörde eine Berechtigung anspricht, und weil sie als ausbietender und die Gedinge festsetzender Theil für den klaren Ausdruck zu sorgen hatte.

Da nun die Kläger das übernommene Werk planmäßig vollendet haben, so muß ihnen auch der in der Steigerung zugesicherte Werklohn vollständig bezahlt werden.

Die Berufung auf S. 1794 ist nicht passend. Dieser sagt: der Besteller kann einseitig von einem in Bausch und Bogen geschlossenen Werkverdinge wieder abgehen (résilier), auch wenn das Werk schon angefangen ist, nur muß er alsdann den Unternehmer entschädigen; es spricht also das Gesetz nur von dem Fall, wo der Besteller das Werk vor seiner Vollendung ganz abbestellt, nicht von dem Fall, wo er während des Werkes an dem Plan etwas ändert, am wenigsten von dem Falle, wo gleich anfangs der Preis mit der Aussicht auf solche mögliche Aenderung bestimmt worden war.

Aschbach.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe den 31. Mai 1834.

I.

Hofgericht am Mittelrhein.

Ein Fall zur Auslegung des §. 1988, oder zur Beantwortung der Frage: gehört der Empfang eines heimgezahlten Darlehens zu den Verwaltungshandlungen, wozu Vollmachten in allgemeinen Ausdrücken berechtigen?

Der Kläger veränderte seinen Wohnort und bestellte dort den B. zur Besorgung seiner in der Gegend angelegten Capitalien mittelst einer ausgestellten Urkunde, worin er sich so ausdrückte:

„Verzeichniß über nachstehende Capitalien, welche B. von R. (Kläger) zu besorgen übernommen hat und demselben den jährlichen Zins einziehen will.

(Nun folgt die Bezeichnung der Capitalien, darunter jenes des Beklagten.) —

Jedoch wird bemerkt, daß B., ehe und bevor er von mir schriftlich legitimiert ist, kein Capital aufkünden soll; sollte es aber der Fall seyn, daß derselbe es einsieht, daß einer der Schuldner eine unrichtige Haushaltung führt, so hat er vom Unterzeichneten die Vollmacht, einem solchen sogleich aufzukünden."

Der Beklagte kündete selbst seine Darlehensschuld ordnungsmäßig auf und zahlte sie an den B. Er behauptet, daß dieser nach jener Vollmacht der rechte Empfänger gewesen, was jedoch, da B. in Gant gekommen war, Kläger bestreitet und daher nochmals Zahlung begehrt.

Ueber die Auslegung der Vollmacht entstanden bei der Aburtheilung zweierlei Ansichten, besonders in Beziehung auf den §. 1988, welcher sagt:

„Eine Vollmacht, die in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt ist, erstreckt sich nur auf Verwaltungshandlungen. Zu Veräußerungen, Verpfändungen oder anderen Eigenthumshandlungen muß die Vollmacht in bestimmten Ausdrücken gegeben seyn."

Die Ansicht der Minorität sprach sich dahin aus:

Der vorangesetzte Ausdruck: „nachstehende Capitalien zu besorgen", bezeichnet zwar bloß eine theilweise Bevollmächtigung, indem er sich nur auf die bestimmten Capitalien bezieht (L. R. R. §. 1987), aber dennoch ertheilt er für diese bestimmten Geschäfte eine in allgemeinen Ausdrücken abgefaßte Vollmacht; „Capitalien besorgen" ist gewiß ein allgemeiner Ausdruck! Die beiden nachfolgenden Bestimmungen wegen des Zinseinzugs und der Capitalaufkündigung nehmen ihr diesen Character nicht, denn die erstere ist ebenfalls eine allgemeine Ermächtigung und die letzte nur eine für eine einzelne Verwaltungshandlung gesetzte Schranke, wodurch gerade im Uebrigen das Allgemeine des Auftrages noch recht hervorgehoben wird. Bei dem ersten Beisatz berechtigt die Anknüpfung mit dem Wörtchen „und" auch nicht zu dem Schluß, daß die Vollmacht zum Zahlungsempfang nur auf Zinsen beschränkt seyn solle, denn der Beisatz spricht von mehr als von dem passiven Zinsempfangen, er spricht vom Zinseinziehen, was ein actives Verhalten, das Eintreiben, in sich schließt. — Bei dem zweiten Zusatz läßt sich aber daraus, daß dem Gewaltinhaber untersagt wird, ohne besondere Vollmacht Capitalien aufzukünden, nicht ableiten, daß er Capitalien, die fällig sind, oder die der Schuldner, oder er selbst gehörig aufgekündigt hat, nicht ohne besondere Vollmacht in Empfang nehmen dürfe. Bei der Verwaltung eines Capitalvermögens gehört es aber noch zu den Verwaltungshandlungen, die fälligen Capitalien in Empfang zu nehmen und darüber Bescheinigung zu geben, denn darin liegt ja keine Verfügung über das Eigenthum der Forderung, sondern nur die durch das Rechtsverhältniß gebotene Mitwirkung zur Endigung des bestehenden Vertragzustandes in Gemäßheit seiner Natur und seiner Gedinge. Auch wird dieß ausdrücklich unter die Verwaltungshandlungen gezählt in Zachariäs Handbuch des franz. Civilrechts, dritte Aufl. II. 423.

Die Majorität erklärte sich über diesen Punkt in den Entscheidungsgründen dahin:

Die vom Kläger beigebrachte Urkunde ist nicht als Vollmacht zum Empfang heimzuzahlender Capitalien und

nicht nach Satz 1988 als Vollmacht in allgemeinen Ausdrücken zu betrachten; ersteres nicht, weil darin nur vom Einzuge der Zinsen die Rede ist, und letzteres nicht, weil die beigefügte Beschränkung der Aufkündigungsbefugniß in Verbindung mit der Ermächtigung zum Zinseinzuge zu erkennen giebt, daß unter der Capitalbesorgung nicht der Einzug der Capitalien selbst, sondern nur der Einzug der Zinsen verstanden wurde. Auch ist Empfang und Bescheinigung der Zahlung nicht zu den bloßen Verwaltungshandlungen zu rechnen, da Zahlung ein Act ist, der einen Erlöschungsgrund von Rechtsverhältnissen in sich trägt, S. 1234, weßhalb denn der Zahlungsempfang als eine Veräußerungshandlung angesehen werden muß. Die Vollmacht ist also ungenügend.

Aschbach.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Ueber die Pfarrhausbaupflicht zweier Kirchspielsgemeinden unter sich.

Höhfeld gegen Niclashausen.

Die Gemeinden Niclashausen und Höhfeld haben einen gemeinschaftlichen Pfarrer, welcher zu Niclashausen wohnt und abwechselnd den einen Sonntag da und den andern dort Gottesdienst hält, weil jede Gemeinde ihre eigene Kirche hat und die Entfernung zwischen beiden nur ungefähr eine Viertelstunde beträgt. Wie lange dieses Verhältniß besteht, ist in den Acten nicht genügend aufgeklärt. So viel aber findet sich darin bestätigt, daß allemal, wenn das Niclashauser Pfarrhaus neu gebaut oder jeweils reparirt werden mußte, Schwierigkeiten darüber entstanden, wer die Kosten tragen und die nöthigen Frohnden leisten sollte. Der Ortsheilige war gewöhnlich erschöpft und eine disponible Bauschaffnei niemals vorhanden; bald wollte es dieser, bald jener Gemeinde, bald beiden zusammen nicht gefallen, die erforderlichen Frohnden zu verrichten. Daher kam es, daß die Löwensteinsche Regierung jedesmal bestimmen mußte, wie es gehalten werden soll.

Als im Jahr 1808 wieder eine Reparatur an dem Pfarrhaus nöthig geworden war, wollten die Kirchspielsgemeinden den Zehntherrn zum Bauen angehalten wissen, da aber dieser sich weigerte, so erließ die Großh. Regierung des Niederrheins ein Provisorium, wodurch das Kirchspiel, vorbehaltlich seiner Klage gegen die Decimatorschaft, angewiesen wurde, die Reparaturkosten vorzuschießen. Die Kirchspielsgemeinden fügten sich, nahmen gemeinschaftlich die nöthigen Capitalien auf und klagten nachher solche sammt Zinsen gegen die Zehntherrschaft ein. Es stellten sich jedoch diesem Beginnen mehrfältige Hindernisse in den Weg, die zur Folge hatten, daß der Prozeß auf sich beruhen blieb.

Im Jahr 1813 und eben so im Jahr 1823 mußte das Pfarrhaus, welches immer nur zur Noth ausgeflickt worden zu seyn scheint, neuerdings reparirt werden. Beidemal wurde das Kirchspiel von dem Großh. Kreisdirectorium in Wertheim zur provisorischen Bestreitung der desfallsigen Kosten angehalten, vorbehaltlich seines Rückgriffs auf den Zehnten.

Endlich ließen die Kirchspielsgemeinden im Jahre 1825 die vorschüßlich gemachten Auslagen durch einen gemeinschaftlichen Anwalt gegen die fürstlich Löwensteinsche Standesherrschaft, als Zehntherrn, bei dem Großh. Hofgericht des Unterrheins einklagen. Weil es jedoch der Beklagten gelungen ist, den Beweis zu liefern, daß in den 1740er Jahren von Seiten des Kirchspiels zu Aufsuchung außerordentlicher Beihülfe mit Collecten geschritten worden sei, so wurde durch Urtheil vom 30. Sept. 1828 die Klage abgewiesen.

Es wollte zwar gegen jenes Baufactum unter anderem eingewendet werden, daß solches höchstens der Gemeinde Niclashausen, nicht aber auch der Gemeinde Höhfeld entgegenstehe, weil letztere an der fraglichen Collecte keinen Antheil genommen habe. Der Gerichtshof hielt indessen dafür, daß der Zehntherr, welcher die Freiheit von der Baupflicht aus einem gesetzlich gebilligten Grunde rechtsgenüglich dargethan hat, befugt sei, diese seine Baufreiheit gegen Jeden geltend zu machen, welcher ihn als baupflichtig in Anspruch nimmt; und daß die Filialgemeinde Höhfeld, wenn sie an dem fraglichen Bau, beziehungsweis an der deßfalls veranstalteten Collecte weder unmittelbaren noch mittelbaren Antheil genommen haben sollte, allenfalls nur berechtigt seyn möchte, gegen die Hauptgemeinde Niclashausen auf Freiheit vor der Mitconcurrenz zur Baulast des Pfarrhauses und Uebernahme der alleinigen Bauschuldigkeit zu klagen.

Dieß scheint sich die Gemeinde Höhfeld gemerkt zu haben, indem sie sich bei dem hofgerichtlichen Urtheil, gegen welches die Gemeinde Niclashausen allein, jedoch ohne günstigen Erfolg, appellirt hat, beruhigte und nun die Gemeinde Niclashausen darauf belangte: daß dieselbe angehalten werde, ihr die bisher gemachten Auslagen, prævia liq. zu ersetzen und künftighin die Kosten des Pfarrhausbaues allein zu tragen.

Dafür wurden hauptsächlich zwei Momente angeführt, nämlich:

I. die klagende Gemeinde gehöre nicht zu denjenigen Personen oder Cassen, welche nach den §§. 6, 7 und 14 des Edicts von 1808 in unaufgeklärten Fällen baupflichtig seien, weil sie keinen Bestandtheil des Niclashauser Kirchspiels ausmache, sondern ein eigenes Kirchspiel für sich bilde; denn sie habe ihre eigene Kirche und Kirchencasse mit allen zum Gottesdienst erforderlichen Requisiten und Paramenten,

einen Verwaltungsrath und Kirchenpfleger, eine besondere Repositur nebst separaten Kirchenbüchern, der Pfarrer führe den Titel „Pfarramt zu Niclashausen und Höhfeld" und präsidire in den Sitzungen der Höhfelder Stiftungskommission 2c. 2c. Sei aber nach allem dem die Kirche zu Höhfeld von der zu Niclashausen ganz unabhängig, so bestehe zwischen beiden um so weniger ein Filialnexus, als ja der Pfarrer abwechselnd den einen Sonntag da und den andern dort Gottesdienst halte, auch keine der beiden Kirchen zu der Unterhaltung der anderen etwas beitrage.

II. Der §. 1 des Bauedicts laute ganz allgemein und beziehe sich nicht bloß auf das Verhältniß zwischen Zehntherrn und Kirchspiel, sondern auch auf jenes der Kirchspielsgemeinden unter sich. Wenn daher Höhfeld gegen Niclashausen irgend einen Befreiungsgrund nachweisen könne, so müsse es eben so wie der Zehentherr von der Beitragspflicht zum Niclashauser Pfarrhausbau entbunden werden.

Nun aber sei Höhfeld bei verschiedenen Baufällen in den 1740er, 1750er und 1770er Jahren nicht nur factisch frei geblieben, während Niclashausen allein gebaut habe, sondern auch von der Concurrenz ausdrücklich freigesprochen worden und seitdem ein Zeitraum von mehr als 30 Jahren verflossen, ohne daß irgend Jemand einen Baubeitrag von ihr gefordert hätte.

Beklagterseits ward hierauf einwendend vorgetragen:

Zu I. Es sei längst ausgemacht, daß Höhfeld und Niclashausen zusammen ein Kirchspiel bilden. Der Civilrichter habe darüber nicht zu verhandeln und zu entscheiden. Die Gemeinde Höhfeld sei ein Filiale von Niclashausen und keine eigene Pfarrei; denn sie habe ja keinen Pfarrer für sich allein; vielmehr wohne derselbe im Orte der Mutterkirche, unterrichte allda die Kinder beider Gemeinden in der Religion, bereite sie zur Confirmation vor u. dgl. Es sei daher natürlich, daß das Pfarrhaus, da der Pfarrer für beide Gemeinden gleich nothwendig und nützlich sei, auch von beiden gemeinschaftlich gebaut und unterhalten werde. Dieß sei von der Klägerin schon dadurch anerkannt worden, daß sie in Gemeinschaft mit der Beklagten den Prozeß gegen die Decimatorschaft geführt und bereits im Jahr 1809 gemeinschaftlich mit Niclashausen den obervormundschaftlichen Consens zur Aufnahme des zum Pfarrhausbau nöthigen Capitals erwirkt habe.

Zu II. Hier stellte die Beklagte durchaus in Abrede, daß in irgend einem Baufalle, woran sie Theil genommen, die Klägerin frei geblieben oder daß dieselbe durch Urtheil jemals von der Concurrenz freigesprochen worden sei. Es könne daher von einer Verjährung um so weniger die Rede seyn, als ja die Klägerin, wie schon erwähnt, lange nach den von ihr angeführten Baufällen ihre Beitragspflicht unzweideutig anerkannt habe. Uebrigens leide der §. 1 des Bauedicts auf Kirchspielsgemeinden unter sich keine Anwendung.

Nachdem die Theile noch bis zur Duplik verhandelt hatten, erfolgte ein Zwischenbescheid, wodurch die Klägerin zum Beweis ihrer Klagbehauptungen aufgefordert worden ist. Auf die weitere Verhandlung wies der Unterrichter, indem er den versuchten Beweis für mißlungen hielt, durch Bescheid vom 27. Juni v. J. die Klägerin, unter Verfällung in die Kosten, mit ihrer Klage ab. Dieses Erkenntniß, gegen dessen ganzen Inhalt sich die klagende Gemeinde beschwert hatte, wurde in der öffentlichen Sitzung vom 22. März d. J. von dem Großh. Hofgericht, drittem Senate, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß nach dem §. 6 des landesherrlichen Edicts vom 26. April 1808 Hauptkirchengebäude zunächst aus den allenfalls vorhandenen Bauschaffneien, so wie aus ihren Heiligen, so weit nach Abzug der zu den gottesdienstlichen Bedürfnissen auf ihnen ruhenden Lasten sich eine Ueberersparniß ergiebt, erbaut und unterhalten werden sollen;

In Erwägung, daß in Ermanglung jener Cassen vermöge §. 7 desselben Gesetzes der Kirchspielszehnte die Bau-, Unterhaltungs-, Erweiterungs- und Wiederherstellungskosten solcher kirchlichen Gebäude zu tragen schuldig ist;

In Erwägung aber, daß alsdann, wenn der Zehentherr aus irgend einer rechtsbegründeten Ursache baufrei erscheint, in Gemäßheit des §. 14 jenes Gesetzes die ganze Baulast auf das Kirchspiel fällt;

In Erwägung, daß der §. 18 des Bauedicts die Pfarrwohnungen und Pfarrgebäude in Absicht der Baupflicht nach den nämlichen Regeln für zweifelhafte Fälle beurtheilt wissen will, welche von den Hauptkirchen gelten;

In Erwägung, daß nach diesen Grundsätzen, in Ermanglung anderer Mittel, die Kirchspielsgemeinden Niclashausen und Höhfeld von den betreffenden Verwaltungsstellen durch die Entschließungen vom 4. Octbr. 1808, vom 1. Novbr. 1813 und 4. Septbr. 1823, vorbehaltlich ihrer Klage gegen den die Baupflicht widersprechenden Zehntherrn, zur Herstellung der jeweils nöthigen Reparaturen an dem Niclashauser Pfarrhaus provisorisch angehalten wurden;

In Erwägung, daß die von den Kirchspielsgemeinden im Jahre 1825 erhobene Klage wegen der von der fürstlich Löwensteinschen Standesherrschaft nachgewiesenen Baufreiheit des Zehntens durch hofgerichtliches Urtheil vom 30. Sept. 1828 abgewiesen worden und folgeweis die Baulast auf das Kirchspiel gefallen ist;

In Erwägung, daß nichts desto weniger die Gemeinde Höhfeld aus der Ursache: weil sie weder zu dem Niclashauser Kirchspiel gehörig, noch in früheren Baufällen von den 1740er, 1750er und 1770er Jahren beigezogen, vielmehr von dem Beitrag zu den Niclashauser Pfarrhausbaukosten ausdrücklich freigesprochen worden und seitdem ein Zeitraum

von mehr als 30 Jahren verstrichen sei — nunmehr darauf klagt: daß die Gemeinde Niclashausen die Pfarrhausbaukosten allein tragen und ihr das hiefür Geleistete prævia liquidatione ersetzen soll;

In Erwägung jedoch, daß die Frage: ob Höhfeld zu dem Kirchspiel Niclashausen gehöre oder nicht? um so weniger ein Gegenstand der civilrichterlichen Entscheidung seyn kann, als

1) schon der von der ehemaligen Landvogtei Wertheim unterm 11. August 1808 an die Großh. Regierung des Niederrheins erstattete Bericht namentlich besagt: das Kirchspiel Niclashausen bestehe aus zwei — eine Viertelstunde Wegs von einander entlegenen — Dörfern, Niclashausen von 283 und Höhfeld von 374 Einwohnern; als ferner

2) das von der Großh. Regierung des Niederrheins hierauf erlassene Rescript vom 4. Octbr. 1808 verfügt: daß die an dem Pfarrhause zu Niclashausen unlängst vorgenommenen, so wie die etwa noch erforderlichen Reparaturen vor der Hand von dem ganzen Kirchspiel, nämlich der Gemeinde Niclashausen und der dahin eingepfarrten Gemeinde Höhfeld, zu bestreiten seien; als endlich

3) auf diesen Regierungserlaß die Vorgesetzten von Niclashausen und Höhfeld — nachdem der Schultheiß der letzteren Gemeinde in einer protocollarischen Vernehmlassung dd. Wertheim den 27. Decbr. 1808 unter Bezug auf ein Löwensteinisches Regierungsrescript vom 20. Juni 1774 vergebens gegen alle Concurrenz protestirt hatte — bei der Landvogtei Wertheim am 2. Febr. 1809 zu Protocoll erklärten: ihre Gemeinden, aus welchen das Kirchspiel bestehe, hätten sich in so weit gefügt, daß sie das nöthige Geld entlehnt, bis sie im Wege Rechtens den Zehntherren zu seiner Bauschuldigkeit werden angehalten haben u. s. w.;

In Erwägung, daß mithin die Gemeinde Höhfeld, da sie sowohl nach eigenem Anerkenntniß als nach dem Ausspruch der competenten Verwaltungsstelle einen integrirenden Bestandtheil des Kirchspiels Niclashausen ausmacht, mit eben dieser Gemeinde zu dem dasigen Pfarrhausbau nach Verhältniß beizutragen verpflichtet ist, ohne daß es auf den durch amtlichen Zwischenbescheid vom 25. März 1833 der Klägerin nachgelassenen Beweis: daß sie ein eigenes Kirchspiel für sich bilde — und die dafür angeführten, jedoch unerheblichen Thatsachen hier weiter ankommen könnte;

In Erwägung, daß demnach die Klägerin, um die Beklagte als allein baupflichtig darzustellen, entweder ein Freibleiben in früheren Baufällen, oder ein freisprechendes Urtheil, oder aber ein verjährtes Freiheitsrecht nachweisen müßte;

In Erwägung aber, daß ihr der in Folge des unterrichterlichen Zwischenbescheides hierüber angetretene Urkundenbeweis weder in der einen noch anderen Beziehung gelungen ist; da

1) das unterm 10. Januar 1747 von dem Pfarrer und Schultheißen zu Niclashausen bei der Löwensteinischen Regierung eingereichte und von dieser durch die Entschließungen vom 28. April und 2. Octbr. 1747 auch verwilligte Gesuch um etliche, zum Pfarrhausbau benöthigte Stämme Holz und ein Sammelpatent, weil es der Pfarrer zu Höhfeld und Niclashausen mitunterzeichnet hat, im Namen beider Kirchspielsgemeinden vorgebracht und auch zu dem im Jahr 1732 aus der Collecte bewerkstelligten Pfarrhausbau von Seiten der Höhfelder der größte Theil der Spannfrohnden geleistet worden ist, weßhalb von einem Freibleiben der Gemeinde Höhfeld in diesem Baufalle nach dem auf das Verhältniß der Kirchspielsgemeinden unter sich ohnehin nicht anwendbaren §. 1 des Bauedicts um so weniger die Rede seyn kann, als die damals ganz mittellose Gemeinde Niclashausen den Bau nicht auf ihre Kosten, sondern aus dem Ertrag der Collecte ad 1058 fl. 59 kr., unter Mithülfe der Klägerin, zu Stand gebracht hat, da überdieß

2) das Rescript der Löwensteinischen Regierung vom 2. Novbr. 1752, wodurch der Gemeinde Höhfeld auf ihre wegen übermäßiger Anstrengung zum Frohnden unterm 30. Octbr. 1752 erhobene Beschwerde auf den Fall, daß sie die Hälfte der noch erforderlichen 16 Fuhren willig verrichte, für die Zukunft Befreiung von den Frohnden zum Niclashauser Pfarrhaus zugesichert worden — so wenig als jenes vom 20. Juni 1774, welches die Gemeinden Höhfeld und Niclashausen, weil die Pfarrkinder nur in subsidium baupflichtig seien, von der Zahlung der in den 1750er Jahren aufgegangenen Pfarrhausbaukosten entbindet und solche auf ein dem Heiligen zu Niclashausen gehöriges Capital ad 500 fl. überweist, auch das Höhfelder Kirchenärarium von der Concurrenz zum Niclashauser Kirchen- und Pfarrgebäude freispricht — die Stelle eines richterlichen Urtheils vertreten kann, wiewohl ohnedieß die bedingte Zusicherung der künftigen Frohndfreiheit für die Gemeinde Höhfeld noch keine Entlastung von der Baupflicht mit sich bringt, auch die Loszählung beider Kirchspielsgemeinden und die Verschonung der Höhfelder für die Erhaltung der dortigen Kirche gewidmeten Fonds keine Freiheit der Kirchspielsgemeinde Höhfeld von der Concurrenz zu dem Niclashauser Pfarrgebäude involvirt; da endlich

3) die im Jahr 1779 erwachsenden Pfarrhausreparaturkosten ad 113 fl. 28 kr. von keiner der beiden Kirchspielsgemeinden, sondern, wie sich aus den Löwensteinischen Regierungsrescripten vom 27. Septbr. 1784, 11. April 1785 und 25. Jan. 1786 ergiebt, theils von dem Choralmosen, theils von dem Ortsheiligen getragen worden;

In Erwägung, daß demzufolge die auf die eben angeführten Urkunden gestützte Verjährung von selbst hinwegfällt und nebstdem nach L. R. S. 2218 in so fern nicht mehr Statt findet, als die Klägerin für den Fall, daß der Zehntherr nicht zum Bauen angehalten werden sollte, durch die Erklärung vom 2. Febr. 1809 mit der Beklagten ihre Baupflicht anerkannt und dieses Anerkenntniß nicht allein durch die Aufnahme eines Capitals zur Bestreitung der Baukosten, sondern auch durch die im Namen des Kirchspiels gemeinschaftlich mit der jetzigen Beklagten gegen die Zehntherrschaft erhobene Ersatzklage bethätiget hat, indem sie sonst sogleich die Gemeinde Niclashausen hätte belangen und dieser überlassen müssen, den Zehntherren auf Ersatz der im Jahr 1809 und 1823 bestrittenen Baukosten in Anspruch zu nehmen;

In Erwägung, daß sonach die dermalige Klage mit Recht abgewiesen worden und, da dem Zwischenbescheid v. 25. März 1833 auch in zweiter Instanz kein Genüge geschehen, zu einem abändernden Erkenntniß überall ein Grund nicht vorhanden ist;

Nach Ansicht der §§. 169, 173 und 730 der Prozeßordn.

Aus diesen Gründen mußte das unterrichterliche Urtheil unter Verfällung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz lediglich bestätiget werden. Bayer.

Hauptredacteur Nekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. — Nro. 23. — Karlsruhe den 7. Juni 1834.

I.
Ueber die Streitverkündung.
Von Dr. Zentner.

A. In wie fern kann sie, ohne Führung oder Fortsetzung des Streites von Seite des Auffordernden wirksam geschehen?

Die mehrfällige Besprechung der Bestimmungen der neuen Prozeßordnung über die Streitverkündung in dieser Zeitschrift und die bekannt gewordene verschiedenartige Anwendung derselben durch die Gerichtshöfe des Landes (vergl. Nr. 11 u. 19 erster Jahrg. der Annalen) dienen zum Beweis, daß dieser Theil des Prozeßgesetzes an objectiven Schwierigkeiten leiden und nicht die vollendetste Parthie desselben seyn müsse. Gerade darum, und weil der §. 114 der Prozeßordnung, auf den ersten Anblick wenigstens, der Streitverkündung eine weit größere Wichtigkeit verliehen zu haben scheint, als ihr nach dem bisherigen Prozeßrechte zukam, sind Beiträge zur Aufhellung dieser Materie und Herstellung einer gleichförmigen, auf richtiger Gesetzesanwendung beruhenden, Gerichtspraxis nöthiger, als in andern vollständiger ausgebildeten, zweifellosern Theilen. Einsender dieses will deßhalb versuchen, die erheblichsten Streitfragen, die sich ihm über den Gegenstand darboten, möglichst kurz zu erörtern, um damit die Lösung der Zweifelspunkte wenigstens anzuregen und für die künftige Revision der Prozeßordnung bemerklich zu machen, wenn es ihm auch nicht gelingen sollte, sie befriedigend zu lösen.

Ein beim Hofgericht der Seeprovinz vorgekommener Fall hat Anlaß zu dem Zweifel gegeben: ob, wer einem Andern den Streit in einem Prozesse verkündet, für sich zurücktreten dürfe und damit zur Bewahrung seines Rückgriffs schon genug gethan habe? Der §. 117 der Prozeßordnung möchte dieß bei seiner allgemeinen Fassung wohl glauben lassen, da z. B. der Appellant, welcher nach eingelegter Berufung dem X. den Streit verkündet, es diesem wirklich möglich gemacht hat, „die erheblichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel zu gebrauchen" rc. Das Hofgericht der Seeprovinz hat auf eine so vor dasselbe gebrachte, einfache Streitverkündung an den Appellanten verfügt, daß es darauf keine Rücksicht nehmen könne, — weil die Sache bei ihm noch nicht rechtshängig geworden sei. — Ich glaube, die Zurückweisung war richtig, der Grund aber unrichtig. Rechtshängig war wohl eigentlich die Sache beim Obergerichte mit Einlegung der Berufung geworden, sonst müßte man die paradoxe Behauptung aufstellen, daß, da die erste Instanz mit dem Erkenntnisse sich endigte, ein Prozeß zwischen der Appellationsanmeldung und Uebergabe der Berufungsschrift gar nicht rechtshängig sei. Jedenfalls ist aber ja die Sache durch die Eingabe des Appellanten und die damit verbundene Streitverkündung im buchstäblichen Sinne bei dem Appellationsgerichte rechtshängig geworden. Auch hätte, wenn dieß der wahre Grund wäre, das Hofgericht in gleichem Falle der Streitverkündung des Appellaten ohne Uebergabe der Berufungsvernehmlassung Statt geben müssen. Dieß wäre aber eben so unrichtig gewesen, als wenn es solches in jenem ersteren Falle gethan hätte. Der richtige Grund liegt vielmehr darin, daß die Streitverkündung nach den Grundsätzen der Nebenintervention behandelt werden soll, der Aufgeforderte nämlich nach §. 116 der Prozeßordnung „durch seinen Beitritt zum Nebenintervenienten dessen wird, der ihm den Streit verkündet hat rc.;" die Bestimmungen über Nebenintervention, §. 105 ff., aber als wesentliche Bedingung voraussetzen, daß Derjenige, welcher aufforderte, als Hauptpartei im Rechtsstreit erscheine und stehen bleibe, eben weil der Aufgeforderte nur Nebenperson (Nebenintervenient) im Streit werden soll. Will der Aufgeforderte nach der Streitverkündung freiwillig auf die in §. 109 ff. bezeichnete Art den Rechtsstreit allein auf sich nehmen, so berührt dieß unsere Frage nicht mehr, welche nur darin besteht: ob der Verkünder gegen den Willen oder ohne die freiwillige Uebernahme des Aufgeforderten, unbeschadet seinem Regreßrechte, aus dem Streit treten könne? Es darf somit der §. 117 nicht abgerissen für sich allein in Anwendung gebracht, sondern er muß mit §. 116 in Verbindung gesetzt werden.

Eine weitere ganz nahe liegende Frage besteht nun aber darin: wie lange der Verkünder nach der Verkündung zur

Bewahrung seines Regreßrechts noch den Streit fortführen müsse? Diese Frage scheint mir nach den §§. 16 und 117 der Prozeßordnung dahin beantwortet werden zu müssen: so lange, aber auch nur so lange, daß der Aufgeforderte — wenn nicht einer der Fälle des §. 109 eintritt, wo alsdann die Frage ohnehin schon gelöst ist — als Nebenintervenient von seinen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln unter Anwendung des §. 106 Gebrauch machen kann. Dieß kann nun in einzelnen Fällen sehr verschieden seyn; anders z. B. im abgekürzten Verfahren (wo nach §. 674 der Beweis sogleich mit der Klage und Einrede angetreten werden muß, bei verspäteter Verkündung des Streits somit der Aufgeforderte erst in zweiter Instanz [§. 1221] von seinen etwaigen Beweismitteln Gebrauch machen könnte), als im ordentlichen Verfahren; anders wenn die Hülfsmittel des Aufgeforderten bloß in Rechtsgründen bestanden hätten, als wenn sie in Thatsachen und Beweisen bestehen. Zu dieser Prüfung wird es natürlich erst bei der Verhandlung der Regreßklage selbst kommen können und der Regreßbeklagte wird den Beweis seiner dießfallsigen Behauptungen führen müssen, wofern nur die Streitverkündung noch vor dem Endurtheil erfolgte.

B. Darf dem Aufgeforderten vom Richter eine Frist zur Theilnahme am Streit angesetzt werden?

Alle Augenblicke sieht man richterliche Verfügungen auf gerichtliche Litisdenunciationen, worin dem Aufgeforderten ein Termin zu seiner Vernehmlassung angesetzt wird, und nicht etwa bloß von Untergerichten gehen solche Verfügungen aus, sondern auch von Obergerichten; beim Gerichtshofe des Oberrheinkreises namentlich ist diese Behandlungsart stehender Grundsatz. Vergl. Nr. 19 erster Jahrg. der Annalen. Gleichwohl ist nichts gewisser, als daß eine solche Fristbestimmung dem Gesetze zuwider, und durch den Zweck der Streitverkündung nicht nur nicht geboten, sondern selbst zweckwidrig ist.

Eine richterliche Fristsetzung für den Aufgeforderten ist

1) dem Gesetze zuwider, weil nach §. 116 der Prozeßordnung die Streitverkündung nach den über die Nebenintervention aufgestellten Grundsätzen behandelt werden soll, die Nebenintervention aber in jeder Lage des Rechtsstreits, so lange die Sache nicht rechtskräftig beendigt ist, Statt findet. Am anschaulichsten wird dieser Conflict zwischen dem Gesetze und der richterlichen Fristbestimmung, wenn man sich den Fall mit seiner möglichen Consequenz denkt. Die Ansetzung einer Frist ist ihrer Zweckbestimmung gemäß nothwendig mit Androhung eines Präjudizes verbunden. Das gewöhnliche Präjudiz ist das in §. 122 der alten Obergerichtsordnung bezeichnete. S. Nr. 11 und 18 der Annalen. Da nun auf Anrufen der Gegenpartei (hier des Verkünders) das angedrohte Präjudiz ausgesprochen werden muß (§. 654), so hätte der Richter, der dem Aufgeforderten in der bezeichneten Art mit Frist von 28 Tagen ein Präjudiz angedroht hat, auf das Anrufen des Verkünders gegen den Aufgeforderten auszusprechen: daß er nur das künftig in diesem Streit ergehende Urtheil als wohl gefällt und den Streit für wohl geführt gegen sich gelten lassen müsse. Der Aufgeforderte dagegen könnte hiergegen füglich mit der auf §. 116 und 107 der Prozeßordnung gestützten Behauptung auftreten, daß er dieses richterlichen Ausspruchs ungeachtet noch so lange als Theilnehmer am Streit auftreten dürfe, als die Sache noch nicht rechtskräftig beendigt sei *).

Eine Fristbestimmung findet aber auch

2) in dem Zwecke der Streitverkündung keine Rechtfertigung. Wäre nämlich eine richterliche Fristbestimmung nicht, wie unter 1) gezeigt wurde, dem Gesetze zuwider, so würde die Frage über ihre Statthaftigkeit nach dem Zwecke des Instituts, der allgemeinen und letzten Quelle für alle Fristen, zu beurtheilen seyn. Der Zweck der Streitverkündung ist aber

a. rücksichtlich des Verkünders: die Bewahrung seines Regreßrechts, auch ohne Durchführung des Streits bis in die letzte Instanz. §. 112 und 113 der Prozeßordnung;

b. rücksichtlich des Aufgeforderten: daß ihm die Wahrung seines Interesses durch Mitvertretung des Regreßberechtigten in demselben Streite möglich gemacht und ihm dazu Gelegenheit gegeben werde. In ersterer Beziehung ist der Zweck schon durch bloße Eröffnung der Streitverkündung in gehöriger Zeit vollständig erreicht, ohne daß es darauf weiter ankommt, ob und was der Aufgeforderte thue. In der letztern Beziehung ist der Zweck durch die Eröffnung der Streitverkündung gleichfalls erreicht, weil damit dem Aufgeforderten vom Verkünder die Möglichkeit und Gelegenheit der Theilnahme am Streit gegeben ist, welche der Gesetzgeber durch die Streitverkündung bewirken wollte. Ob und wann der Aufgeforderte nun an dem Streite Theil nehmen wolle, ist lediglich seine Sache; es ist für den Verkünder eben so gleichgültig, als (nach Anbetracht des §. 106 der Prozeßordnung) für den Richter, ob er es in vier Wochen oder in zwölf Wochen, oder auch gar nicht thue. Wozu also die Ansetzung einer Frist? — Sie wäre aber auch noch aus dem weitern bereits oben berührten Grunde zwecklos, weil sie, wie in dem nächsten Artikel näher gezeigt werden wird, nicht mit Androhung eines Präjudizes verbunden werden kann.

*) Gewiß ein unwiderleglicher Beweis, daß eine Fristbestimmung gesetzwidrig wäre! Ein weiterer Beweis hiefür liegt aber auch noch in der Betrachtung, daß z. B. die Fristen zur Appellation und zur Restitution unerstrecklich sind, der Richter aber eine solche dem Auffordernden laufende Frist, gegenüber dem Aufgeforderten, dem er zur Mitvertretung eine willkührliche etwa längere Frist bestimmen wollte, in der That verlängern würde, wenn die Meinung wäre; daß er die ganze richterliche bestimmte Frist noch in gleicher Weise benützen dürfe. D. R.

Eine solche Fristbestimmung ist aber hiernach nicht nur zwecklos, sondern

3) selbst zweckwidrig. Zweckwidrig ist sie vorerst im rechtlichen Sinne, weil sie gesetzwidrig ist. Sie ist es aber auch aus dem weiteren Grunde, weil der Streitverkündung im Allgemeinen unverkennbar der Zweck und die Absicht des Gesetzgebers zum Grunde liegt, daß die Prozesse vermindert, und die Staatsgenossen vor Nachtheilen möglichst bewahrt werden. War aber dieß das leitende Prinzip, so mußte der Streitverkündung und der dadurch bezweckten Theilnahme des Regreßbedrohten an einem Streite der größtmögliche Spielraum gegeben werden, was durch die §§. 117 und 116, verbunden mit §. 107 der Prozeßordnung auch wirklich geschehen ist. Jede richterliche Frist könnte nur eine Einengung der gesetzlichen Befugniß in Beziehung auf die Zeit der Theilnahme enthalten, und wäre somit allerdings dem Zwecke entgegen.

C. Ist vom Richter in der Verfügung auf die Streitverkündung dem Aufgeforderten ein Präjudiz anzudrohen?

Gewöhnlich findet man in den richterlichen Verfügungen auf die Streitverkündungen den Rechtsnachtheil angedroht: „widrigenfalls er seiner Zeit das Urtheil auch gegen sich als wohl gefällt gelten lassen müßte.“ Dieses Präjudiz wird namentlich vom Gerichtshofe des Oberrheinkreises gewöhnlich angedroht. Die Folge der Nichttheilnahme am Streite ist nun zwar allerdings nach den Vorschriften über die Streitverkündung für den Aufgeforderten die, daß er seiner Zeit dem Regreßkläger, auch wenn dieser schon nach dem Urtheile erster Instanz gegen ihn auftritt, nicht entgegnen kann, daß er seine Sache schlecht verfochten habe, ein anderes Urtheil zu erzwecken gewesen wäre ꝛc. Allein der Richter ist durch die neue Prozeßordnung nicht, wie dieß in der alten Obergerichtsordnung der Fall war, angewiesen, dieses Präjudiz anzudrohen, so wenig als er mit einem Versäumnißerkenntniß die Androhung zu verbinden hat, daß dasselbe in Rechtskraft erwachse, wenn nicht in vierzehn Tagen das Versäumte mit einer Wiederherstellungsbitte wieder eingeholt werde; oder als er mit der Ladung, oder endlich mit der ersten Verfügung an den Intervenienten — im ersten Falle den Beklagten mit dem Nachtheile, daß nach §. 36, wenn er nicht sogleich mit oder vor der Einlassung die Einrede der Nichtzuständigkeit des Richters geltend mache, der sonst nicht zuständige Richter durch stillschweigende Prorogation zuständig werde; im letztern Falle den Intervenienten mit dem Nachtheil, daß er nach §. 108 in der Folge die Einwendung nicht machen dürfe, es sei der Streit nicht verkündet worden — zum Voraus bekannt zu machen hat. Es sind dieß Dinge, die, wie so viele andere, sich ohne Zuthun des Richters als gesetzliche Folgen an gewisse Handlungen oder Unterlassungen knüpfen und die lediglich von dem Satze regiert werden, daß Jeder die Gesetze kennen soll. Die Folgen der Nichttheilnahme am Streit sind wie jene der Unterlassung der Streitverkündung, der Verhandlung der künftigen Regreßklage und der Beurtheilung des Richters bei Entscheidung über dieselbe, vorzubehalten. Wenn ich daher auch nicht gerade mit dem ersten Aufsatze in Nr. 19 der Annalen behaupten möchte, daß eine solche Androhung an sich schon (ohne Setzung einer Frist) ungesetzlich sei, so scheint sie mir doch wenigstens ganz überflüssig zu seyn. Der §. 653 der Prozeßordnung kann uns hier nicht entgegen gehalten werden; die sogleich darauf folgenden §§. 654 und 655 zeigen, daß jener Paragraph andere Nachtheile meint, als der in Frage stehende ist, bei dem ein Anrufen und prozessualischer Ausspruch schon in diesem Rechtsstreit (was doch in den §§. 653 und 654 unterstellt wird *) sich gar nicht denken läßt. Auch kann man die Theilnahme des Aufgeforderten am Streite nicht wohl eine Prozeßhandlung in dem Sinne des §. 653 nennen. Der Natur der Streitverkündung, so wie sie die Prozeßordnung bestimmt hat, gleich wie dem Zwecke derselben ist daher unstreitig nur die Mittheilung an den Aufgeforderten, etwa mit dem Beisatze: „zur Nachricht und beliebigen Wahrung seines Interesses,“ angemessen, welche Behandlungsart auch nach Nr. 19 der Annalen der Gerichtshof der Seeprovinz adoptirt hat. Man würde deßhalb auch streng genommen den Litisdenunziaten richtiger Streitbedrohten oder Regreßbedrohten, als Aufgeforderten nennen.

D. Muß die Streitverkündung, um gültig zu seyn, gerichtlich geschehen?

Diese Frage reiht sich unmittelbar an die beiden vorhergehenden. Wäre die Ansetzung einer Frist, die nur eine richterliche seyn könnte, und vollends noch die Androhung eines Präjudizes im Gesetze direct oder indirect vorgeschrieben, so wäre auch diese Frage schon beantwortet. Die Streitverkündung könnte alsdann nur gerichtlich geschehen. Da sich nun aber, wie gezeigt worden (B. und C.), eine Fristbestimmung nicht als zuläßig und das Androhen eines Präjudizes wenigstens nicht als gesetzlich nothwendig begründen läßt, so entsteht die Frage: ob etwa andere Gründe die gerichtliche Bewirkung der Streitverkündung als nothwendig darstellen? Die Prozeßordnung selbst bestimmt darüber

*) Dieß ist der eigentliche Punkt. — Die Folge, welche den Aufgeforderten, wenn er am Streite nicht Theil nimmt, trifft, tritt nicht schon in dem Prozesse, in welchem die Streitverkündung geschieht, hervor, sondern sie zeigt sich erst später in einem ganz andern Prozesse, nämlich bei der Regreßklage, daher kann in dem Prozesse, in welchem der Streit verkündet wird, die diesen Prozeß selbst gar nicht berührende Folge weder angedroht noch ausgesprochen werden.

D. R.

nichts, die Frage wird daher aus der Natur und dem Zwecke des Instituts zu beurtheilen seyn. Natur und Zweck desselben bestehen darin, daß Derjenige, welcher ein Regreßrecht an einen Dritten zu haben glaubt, diesem durch zeitige Anzeige Gelegenheit gebe, ihn in dem anhängigen Rechtsstreite zu unterstützen, und durch Mitwirkung zu einem günstigen Ausgang sich vor dem Rückgriff zu bewahren, der ihm im Falle des Unterliegens bevorsteht. §. 112 und 117 der Prozeßordnung. Niemand wird aber daran zweifeln, daß dieß eben so gut außergerichtlich, als durch das Gericht geschehen könne. Schreibt also das Gesetz die Gerichtlichkeit der Streitverkündung nicht vor, und ist nach C. die Streitverkündung bloß zur Nachricht mitzutheilen, so muß dieselbe auch außergerichtlich gültig geschehen können. Daß sie aber auf diesem wie auf dem gerichtlichen Wege, um dem Zwecke zu entsprechen, das Nöthige über die Lage des Streits, so wie die Angabe des Regreßgrundes enthalten müsse, ergiebt sich aus dem Wesen der Sache. Ob die Verkündung gehörig geschehen sei, wird wieder nicht in dem Verfahren, sondern erst bei Verhandlung der Regreßklage selbst zu erörtern und dabei vom Richter nach L. R. S. 6 k. sich zu benehmen seyn (arg. §. 962 der Prozeßordnung). Es möchte auf den ersten Anblick vielleicht scheinen, daß der §. 118 obiger Ansicht entgegen seie. Dieß ist jedoch bei näherer Betrachtung nicht der Fall, da derselbe nur sagt: der Richter darf, wenn eine Partei einem Dritten durch ihn (gerichtlich) den Streit verkündet, diesen Dritten beiladen, — keineswegs aber verfügt: daß die Parteien nur auf diesem Wege den Streit verkünden können.

E. Wann muß die Streitverkündung geschehen, damit sie zur rechten Zeit geschehe?

Im Allgemeinen giebt die Antwort hierauf der §. 117 der Prozeßord. einfach dahin: sie muß zu einer Zeit geschehen, in der es dem Aufgeforderten, nach der Lage des Rechtsstreits oder nach der Natur des eingewendeten Rechtsmittels noch möglich ist, die erheblichen Angriffs- und Vertheidigungsmittel zu gebrauchen, die ihm überhaupt und von Anfang zu Gebot standen. Welches dieser Zeitpunkt in jedem einzelnen Falle sei, dieß hängt theils von der Prozeßart ab, theils von der Art der zu Gebot stehenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel. Wer z. B. in einem zum abgekürzten Verfahren sich eignenden Rechtsstreit in letzter Instanz nach der ersten Prozeßhandlung, sei es die Appellationsbeschwerdeschrift, appellantische Vernehmlassung oder Oberberufungsschrift ꝛc., erst den Streit verkündet, der hat, wenn der Aufgeforderte eigene Beweismittel, Einreden von Erheblichkeit darthun kann, zu spät verkündet. Wer in einer zum ordentlichen Verfahren geeigneten Sache erst in der Oberappellationsinstanz den Streit verkünden will, kommt ebenfalls zu spät, wenn der Aufgeforderte erhebliche Beweise besitzt, die nun nach §. 1242 der Prozeßordnung nicht mehr geltend gemacht werden können. Dagegen wäre es aber ohne Zweifel dazu noch Zeit genug, wenn er keine neue Thatsachen und Beweise, sondern bloß Rechtsgründe vorzubringen hätte, weil er diese noch vollkommen geltend machen kann. Hieraus ergiebt sich, daß in dem Rechtsfalle, welchen das fünfte Heft der oberhofgerichtlichen Jahrbücher, neue Folge, Bd. I. auf S. 381 ff. enthält, der dritte Entscheidungsgrund zu dem oberhofgerichtlichen Erkenntniß — wornach die Streitverkündung als unstatthaft erklärt wird, weil die Appellationsbeschwerdeschrift schon eingereicht sei und Litisdenunziat darauf beschränkt wäre, den Appellanten in der Rechtsausführung zu unterstützen, mithin die Streitverkündung als verspätet erscheine — in seiner Allgemeinheit unrichtig ist, da der Richter nicht wissen kann, ob dem Aufgeforderten bloß Rechtsgründe zu Gebote stehen, oder auch neue Thatsachen und Beweise, und da im Allgemeinen die Streitverkündung nach §. 117 der Prozeßordnung bis zur letzten Prozeßhandlung (Rechtsausführung) geschehen kann; indem immer der Fall möglich ist, daß der Aufgeforderte auch dann seine Behelfe, je nach ihrer Beschaffenheit, noch gebrauchen kann, so muß der Richter dem Begehren der Streitverkündung auch bis dahin immer Statt geben. Es wird daher bis dahin anzunehmen oder zu vermuthen seyn, daß es noch Zeit genug zur Streitverkündung sei. Ob es wirklich dazu noch an der Zeit gewesen sei, ist abermals der spätern Erörterung unter den Parteien, nach erhobener Regreßklage, zu überlassen. Hiernach ist dem Richter in der Materie vorzüglich Aufmerksamkeit zu empfehlen, da er leicht durch eine voreilige Zurückweisung der Streitverkündung *) eine Partei um das Regreßrecht bringen und dadurch sich selbst dem Regresse bloß stellen könnte.

(Fortsetzung folgt.)

*) Darum, ob die Streitverkündung zur Wahrung des Rückgriffsrechts noch rechtzeitig oder zu spät geschehe, hat sich der Richter in dem Prozesse, in welchem der Streit verkündet wird, lediglich nicht zu bekümmern; dieß eignet sich nicht zur Verhandlung und zum Erkenntniß in dem Prozesse, in welchem die Streitverkündung geschieht, sondern bleibt lediglich der Verhandlung und Entscheidung der Rückgriffsklage vorbehalten, da erst hier der Aufforderer und Aufgeforderte als Parteien sich gegenüberstehen, im ersten Prozesse aber nach §. 118, vergl. mit §. 105, keine Gegner, sondern Streitgenossen sind.

Das Gericht kann die Streitverkündung und die darauf eintretende Nebenintervention nach §. 107 nur dann zurückweisen, wenn die Sache rechtskräftig beendigt ist.

D. R.

II.

Wen trifft der Verlust, wenn der mit Wechselprovision versehene Traſſat in Concurs geräth, und der Remittent bei der Einlegung des Protests Mangel Zahlung etwas versäumt?

Ueber diese für den Handelsstand nicht uninteressante Frage wurde ich für einen vorgekommenen Fall zum Zweck eines auch Statt gefundenen Vergleichs berathen, und glaube mein Gutachten auch hier niederlegen zu können, indem das Wechselrecht beinahe zu einer terra incognita bei uns gehört, und das Gutachten über noch manche andere Fragen sich ausspricht. Der Fall war. Drei Wechsel wurden von A. auf B. gezogen und von diesem acceptirt, noch vor dem Verfalltag fiel B. in Concurs, der Remittent ließ aber den Wechsel nicht mehr, wegen Mangel Zahlung, protestiren, sondern zog sogleich bei Ausbruch des Concurses den Rückwechsel auf den Traſſanten, der ihn aber deßhalb nicht annahm, weil der Traſſat die Provision für die drei traſſirten Wechsel besessen habe. Es handelte sich also um die Frage, ob die Unterlassung des Protests den Traſſanten befreit habe, oder ob der vor dem Verfalltag der Wechsel ausgebrochene Concurs die Provision auf Rechnung des Traſſanten verlieren ließ.

Für das letztere, für den Verlust des Traſſanten läßt sich anführen: Nach Handelsrechtssatz 115 muß der Wechseltraſſant für die Bedeckung des Wechsels sorgen, und bleibt in jedem Fall dafür persönlich verpflichtet; nach H. R. S. 117 muß er den Beweis dieser Bedeckung im Läugnungsfall führen, und selbst wenn der Remittent nicht in den gehörigen Fristen abgesagt hat, so bleibt ihm der Traſſant alsdann persönlich verhaftet, wenn am Verfalltag des Wechsels keine Bedeckung vorhanden war. Wäre nun aber hier auch am Verfalltag in den Händen des Traſſaten genügende Bedeckung gewesen, so ist der Traſſat durch den Ausbruch des Zahlungsunvermögens nach H. R. S. 209 der Verwaltung seines Vermögens verlustig geworden, die Bedeckung konnte also nicht mehr zur Zahlung des Wechsels verwendet werden, der Remittent hatte kein Mittel, den Traſſaten dazu zu zwingen. Da nun der Traſſant an dem Verfalltag des Wechsels dessen Zahlung zugesagt hat, so läuft die gegebene Bedeckung bis an den Verfalltag auf seine Gefahr, und da es nun durch das ausgebrochene Falliment bestimmt bewiesen ist, daß die Zahlung nicht geschehen konnte, so war keine Bedeckung im Sinn des H. R. S. 117 vorhanden, und der Traſſant bleibt also dem Wechselinhaber persönlich verhaftet, wenn schon dieser den Wechsel nicht hat am gehörigen Tag wegen Mangel Zahlung protestiren lassen.

Es hat diese Meinung Manches für sich, und es läßt sich nicht verkennen, daß man dafür selbst Urtheilssprüche französischer Gerichtshöfe, z. B. des Cassationshofs vom 7. Sept. 1816, der Cour royale von Bordeaux vom 10. Febr. 1824, Pailliet zu Art. 170 C. c. anführen kann. Allein sie ist doch die unrichtige.

Der H. R. S. 116 bestimmt den Begriff der Bedeckung dahin, daß der Traſſat dem Traſſanten am Verfalltag eine dem Betrag des Wechsels wenigstens gleiche Summe wirklich schuldet. Es wird dabei nicht vorgeschrieben, daß diese wirkliche Schuld so und dergestalt in deposito seyn soll und muß, daß gar kein Anderer darauf möglicherweise einen Anspruch machen kann, es wird nicht vorgeschrieben, daß der Traſſat am Tage des Verfalls des Wechsels auch selbst im Stande seyn soll, die Zahlung rechtsfähig vorzunehmen, und wollte man diese Rechtsfähigkeit in den Begriff der Bedeckung hineinlegen, so müßte z. B. auch eine Entmündigung vor dem Verfalltag den Wechselinhaber von seiner Pflicht zum Protest wegen Zahlung des Wechsels befreien, denn es ist bei der Entmündigung eben so sicher, wie bei dem Concurs, daß der Entmündigte der Verwaltung seines Vermögens verlustig wird und ist. War also die Bedeckung im Sinn des H. R. S. 116 am Verfalltag vorhanden, so wird Niemand behaupten können, daß durch das Falliment des Traſſaten dieser dem Traſſanten nicht eine dem Wechselbetrag gleiche Summe schuldete. Er war sie ihm schuldig, er ist sie ihm noch schuldig, denn diese Summe wird im Concurs gegen ihn liquidirt, und es frägt sich nur, wer liquidiren und den etwaigen Verlust daran tragen muß. Ist es nun aber richtig, daß der Traſſant bei Ziehung des Wechsels bis zum Verfalltag für dessen Wahrheit, und für die Setzung des Traſſaten in den Stand der Zahlung gutstehen muß, widrigenfalls er nach H. R. S. 117 immer persönlich haftet, so ist es eben so richtig, daß sich der Wechselinhaber dagegen verpflichtet, am Verfalltage des Wechsels die Zahlung einzufordern, und, Mangels derselben, ihn absagen zu lassen. Versäumt er etwas darin, so ist er seiner Vertragspflicht nicht nachgekommen, und ist nach H. R. S. 170 jedes Klagrechts gegen den Traſſanten beraubt, so wie dieser beweist, daß zur Verfallzeit des Wechsels Bedeckung vorhanden war, d. h. daß der Traſſat ihm eine dem Betrag des Wechsels gleiche Summe schuldete. Man wird nun freilich darauf zurückkommen wollen, daß bei erwiesenem Concurs des Traſſaten, also bei erwiesenem Fall der Unmöglichkeit, die Zahlung zu erhalten, die Absagung des Wechsels schon nach dem Satz: „impossibilium nulla datur obligatio“ überflüssig wäre. Allein vorerst ist die Thatsache des Concurses noch gar kein Beweis, daß nunmehr der zur Zeit präsentirte Wechsel nicht gezahlt wird, der Concurs kann sich wieder heben, es kann ein Dritter den Wechsel zahlen, und so ist das impossibile nirgends dargethan, sodann macht es aber der H. R. S. 163

dem Wechselinhaber zur ausdrücklichen Pflicht, auch bei dem Concurs des Trassaten den Wechsel wegen Nichtzahlung absagen zu lassen, ja, er giebt ihm noch das besondere Ausnahmsrecht, den Wechsel vor dem Verfalltag absagen zu lassen, und versäumt er dieses, so ist er nach der allgemeinen Vorschrift des H. R. S. 170 seines Rückgriffs verlustig, wenn der Trassant die Bedeckung des Wechsels beweist. Der Remittent ist der Eigenthümer des Wechsels, und wenn schon auf ihn die Rechtsregel des L. R. S. 1302 nicht anwendbar ist, weil bei dem Wechsel, zum Unterschied von der Cession anderer Forderungen, wo nur für die Wahrheit und Richtigkeit der cedirten Forderung gehaftet wird, auch für die Zahlbarkeit des Wechsels bis zum Verfalltag gehaftet werden muß, so erlischt diese besondere Haftbarkeit bei dem Wechsel mit dem Verfalltag, und zum nothwendigen Eintritt der Haftbarkeit bis zur Verfallzeit, und zum einzigen Beweis der nicht geschehenen Zahlung ist der Absageschein vom Gesetz vorgeschrieben. Hat der Wechselinhaber diesen Schein nicht erhoben, so ist der Trassant befreit, und wäre auch das ausgebrochene Falliment ein Fall der Unmöglichkeit der Zahlung, also ein Fall der höhern Gewalt, so war der Remittent in keiner Weise verhindert, den Absageschein zu erheben. Nach römischem Recht und nach dem L. R. S. 1178 wird aber nicht die durch höhere Gewalt verhinderte Bedingung gegen den Schuldner für erfüllt erachtet, sondern nur diejenige, deren Eintritt er selbst unmöglich gemacht hat. Eine solche Handlung liegt nun hier gegen den Trassanten vor, wenn er für den gegebenen Wechsel keine Bedeckung gegeben hatte, denn damit hat er sein erstes Versprechen bei dem Wechselvertrag nicht erfüllt, gab er aber Bedeckung, so ist er aller seiner Verbindlichkeiten erledigt, wenn der Remittent den Wechsel nicht zur Zeit absagen ließ. Dieser muß also seinen Wechselbetrag im Concurs des Trassaten liquidiren.

Sander.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Ueber die Anwendung des Wildschadengesetzes vom 31. October 1833 auf Fälle, die sich noch vor dem 1. Januar 1834 ereignet haben.

Grimm gegen Leiningen.

Wegen eines unbedeutenden Wildschadens, welcher im vorigen Jahre auf Eberbacher Gemarkung Statt gefunden haben soll, wurde unterm 2. April l. J. gegen den Herrn Fürsten von Leiningen bei dem Großh. Hofgerichte eine Ersatzklage angestellt. Es ergieng darauf am 5. April der

B e s ch l u ß:

Nach Ansicht des §. 21 des mit dem 1. Januar d. J. in Wirksamkeit getretenen Wildschadengesetzes vom 31. Octbr. 1833, Regbl. Nr. 42, besagend:

„Jede Klage wegen Wildschadens ist ohne Rücksicht auf die Klagsumme und auf den persönlichen Gerichtsstand des Beklagten bei demjenigen Untergerichte anzubringen, in dessen Bezirk der Schaden Statt gefunden hat;“ —

In Erwägung, daß hiernach die eingereichte Wildschadensersatzklage, obgleich sonst der Herr Fürst von Leiningen seinen persönlichen Gerichtsstand bei dem Hofgericht hat, am unrechten Orte angebracht ist;

Nach Ansicht des §. 54 der Prozeßordnung, kraft dessen der Richter selbst über seine Zuständigkeit zu erkennen hat.

In Erwägung, daß alsdann, wenn der Richter sich für nicht zuständig erkennt, die Ladung in Gemäßheit des §. 252 der Prozeßordnung mit Angabe der Gründe zu versagen ist;

Nach Ansicht des §. 357 der Prozeßordnung;

Aus diesen Gründen wird unter Verfällung des Klägers in die Kosten verfügt:

„die Klage findet hier nicht Statt.“

A n m e r k u n g. In einem vierzehn Tage früher vorgekommenen ganz ähnlichen Falle wurde gegen die gleichlautende Verfügung des Hofgerichts die Berufung interponirt und in der Anzeige vorläufig bemerkt, daß wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens gravaminirt werde, weil das Wildschadengesetz nach L. R. S. 2 auf frühere Fälle nicht rückwirke und also in concreto die Competenz des Hofgerichts nicht aufhebe.

Allein in so weit, als das gedachte Gesetz die F o r m e n d e s V e r f a h r e n s bei Wildschadensklagen bestimmt, muß es auf alle derlei Prozesse, die nach dem 1. Januar 1834 anhängig werden, seine Anwendung finden, ohne rückwirkend zu seyn; weil ja die Fälle — die K l a g e n nämlich — erst u n t e r seiner Herrschaft vorkommen. Nun aber beginnt gerade der Titel, welcher das „g e r i c h t l i c h e V e r f a h r e n“ normirt, mit dem in obigen Entscheidungsgründen angeführten §. 21, folglich gehört die Klage vor das Amt Eberbach, als dasjenige Untergericht, in dessen Bezirk der Schaden Statt gefunden hat.

Diese Ansicht findet eine Stütze in dem Einführungsedict zur Prozeßordnung. Wäre die Klage im Decbr. 1833 erhoben worden, so hätte sie allerdings noch bei dem Hofgericht angebracht und dort ausgehandelt werden müssen. Wenn aber Derjenige, welchem im Jahr 1831 das Haus angezündet worden, j e t z t gegen den Brandstifter auf Entschädigung klagt, so wird man sich nicht in den Sinn kommen lassen, diesen Rechtsstreit nach den Vorschriften der Obergerichtsordnung, unter deren Herrschaft der Grund zur Klage entstanden ist, behandeln zu wollen. Das R e ch t zur Klage

bleibt nach dem neuen Gesetz dasselbe, nur die Art und Weise, wie es geltend zu machen ist, hat eine Veränderung erlitten, bevor die Rechtsverfolgung bei dem Gerichte anhängig geworden ist.

Bayer.

IV.

Antwort auf die Anfrage IX. in Nummer 1, zweiter Jahrgang der Annalen.

Nachdem der beklagte M. erklärt hat,

die Mutter habe ihn mit dem Cessionsschein, worin die Zahlung von ihr quittirt ist, zur Cessionarin geschickt, um dagegen für sie dort das Geld abzuholen und daß er diesen Auftrag alsdann vollzogen, indem er der Mutter das Geld, so wie er es von der Cessionarin erhalten, sogleich überbracht habe,

macht die von der Mutter ausgestellte Quittung die noch allein zu beweisende Thatsache, daß Beklagter das Geld auch wirklich abgeliefert habe, nicht wahrscheinlich, weil jene Quittung nach der eigenen Angabe des Beklagten, schon vor dem Empfang des Geldes und nicht in dessen Folge ausgestellt und ihm überliefert war.

Hiernach ist die Empfangsbescheinigung der Mutter keine, im Sinne des L. R. S. 1347, den Anfang eines schriftlichen Beweises enthaltende Urkunde in Beziehung auf die behauptete Ablieferung der erhobenen Summe, weßhalb die gestellte Anfrage verneint werden dürfte.

v. Soiron *).

Zusatz. Diese Antwort beschränkt sich lediglich auf die Anfrage. Man könnte aber noch weiter fragen: ob denn der Beklagte wirklich ein Geständniß abgelegt und diesem eine Beschränkung beigefügt habe, die ihn als beweispflichtig darstellt? Diese Frage möchte ebenfalls zu verneinen seyn. Der factische Klaggrund beruht auf der doppelten Behauptung: daß M. 1) das Geld bei der Cessionarin für die Schwiegermutter erhoben und 2) daß er es für sich behalten habe **). Nun gesteht aber der Beklagte bloß: daß er das Geld abgeholt und nicht auch, daß er es für sich behalten! Vielmehr sagt derselbe mit anderen Worten: er habe das in Auftrag seiner Schwiegermutter erhobene Geld an dieselbe abgeliefert. Damit ist die zweite Klagbehauptung, das angebliche Fürsichbehalten des Geldes, von dem Beklagten abgeläugnet. Versteht man seine Einlassung in diesem Sinne, dann müssen, nach dem zu Geständnissen eben nicht sehr einladenden §. 401 der Prozeßordnung, die Kläger beweisen: daß M. das Geld für sich behalten habe.

Bayer.

*) Hofgerichtsadvocat in Mannheim.

**) Diese zweite Thatsache gehört wohl nicht zum Klaggrund. Die Kläger klagen aus den Rechten ihrer Erblasserin, und der Beklagte hat als Mandatar der Letztern gehandelt. Die actio mandati directa ist nun schon begründet, wenn der Beklagte als Mandatar eine dem Gewaltgeber (dem Kläger) gehörige Summe in Empfang genommen hat. Durch diese Thatsache allein wird schon das Recht begründet, von dem Mandatar nach L. R. S. 1993 das Empfangene herauszufordern, oder darüber Rechenschaft zu verlangen.

Ist also die Thatsache, daß der Mandatar das empfangene Geld behalten (nämlich nicht abgeliefert, noch für den Gewaltgeber verwendet) habe, zur Begründung der Klage nicht erforderlich, so kann darüber im Allgemeinen dem Kläger auch kein Beweis auferlegt werden, — und diese Thatsache bildet lediglich den Gegenstand einer Einrede. D. R.

V.

Rechtsfall über die eigenthümliche Rechtswandlung bei Erbschaftsschulden, nach L. R. S. 879 dargestellt in Entscheidungsgründen.

In Sachen des Tapeziers Wilhelm Erleben zu Karlsruhe, Kläger, Appellaten, gegen die Erben der Christoph Zimmermanns Wittwe in Graben, Beklagte, Appellanten, wegen Forderung.

Die Beklagten behaupten, daß die Schuld ihrer Erblasserin an den Kläger mit 499 fl. 54 kr. an die eine Mitbeklagte und Miterbin, die Ehefrau des Bäckermeisters Trißler, und mit 226 fl. 4 kr. an den Curator Christoph Zimmermann verwiesen worden seie, und der Kläger diese Verweisung angenommen habe. Es ist nun zwar richtig, daß nach L. R. S. 1275 die Ueberweisung eines andern Schuldners ohne ausdrückliche Befreiung des alten Schuldners eine Rechtsverwandlung im Allgemeinen nicht bewirkt; allein der L. R. S. 879 enthält davon die Ausnahme, daß bei Erbschaftsschulden die alleinige Annahme eines Erben als Schuldners eine Rechtswandlung bewirkt, und daß also hierbei die ausdrückliche Befreiung der andern mithaftenden Erben und Mitschuldner nicht nöthig ist, was auch schon im römischen Recht in der l. 1 §. 10, 11, 15 etc. de separationibus Statt fand. Eine weitere Aenderung der Grundsätze über Rechtswandlungen ist aber im L. R. S. 879 nicht eingetreten, und insbesondere darf er nicht gegen den allgemeinen Grundsatz des L. R. S. 1273, daß Rechtswandlungen nicht zu vermuthen sind, dahin ausgedehnt werden, daß man die Annahme eines Erben als den überwiesenen alleinigen Schuldner einer Erbschuld vermuthet, sondern solche Annahme muß deutlich und bestimmt vom Gläubiger geschehen seyn. Wenn nun die Beklagten, Appellanten, den Beweis der geschehenen Annahme der beiden an den Kläger zur Zahlung angewie-

senen Miterben als Schuldner der eingeklagten Forderung vorerst daraus ableiten wollen, daß in der Erbtheilung ihres Erblassers die Forderung des Klägers wirklich auf die beiden obengenannten Miterben verwiesen worden, und einer derselben in einem Rechtsstreit mit seinen Miterben als überwiesener Schuldner rechtskräftig anerkannt seie, so berührt diese ganz in der Willkühr der Beklagten unter sich gelegene Verweisung und der ohne Anwohnung des Klägers geführte Rechtsstreit den Kläger nicht, indem es nicht auf die Thatsache der Ueberweisung der Schuld unter den Erben, sondern allein auf die Annahme des überwiesenen Erben vom Gläubiger ankommt, und von der Ueberweisung der Erben unter sich noch nicht einmal eine Vermuthung auf die Annahme von Seiten des Gläubigers gezogen werden kann. Die hier geschehene Annahme der überwiesenen Erben und Schuldner will nun aber damit bewiesen werden, daß der Kläger auf den Grund der ihm bekannt gemachten Theilung von dem Christoph Zimmermann geforderten Zinszahlung ohne Vorbehalt im Belauf von 11 fl. 18 kr. angenommen habe, und dieses gerade den Zins dessen überwiesenen Schuldantheils von 226 fl. 42 kr. vom 1. März 1829 bis 1830 betrage. Allein, abgesehen davon, daß die Bekanntmachung der Erbtheilung an den Kläger nirgends dargethan ist, so kann die Annahme einer Zinszahlung um so weniger eine Annahme der zur Zahlung des Hauptstockes der Schuld selbst verwiesenen Miterben als persönliche alleinige Schuldner in sich tragen, als die Zinsen gewöhnlicher Weise durch stückweise Zahlungen getilgt werden, und von ihnen aus, als der Nebensache, auf die Hauptsache kein Schluß gezogen werden kann. Es kann aber aus dieser einfachen Annahme einer Zinszahlung von Kläger Zimmermann gegen den Kläger um so weniger ein Schluß auf die Annahme der verwiesenen Miterben als Schuldner gezogen werden, als gegen die mit dem Hauptbetrag der Forderung des Klägers belasteten Miterben, die Bäckermeister Trißler, gar keine Thathandlung des Klägers vorliegt, und als insbesondere der Zinszahler Christoph Zimmermann actenmäßig als Güterpfleger der hier als Hauptschuldnerin zu betrachtenden Vermögensmasse der Altanwalt Christoph Zimmermanns Wittwe von Liedolsheim aufgestellt war. Ist nun dem Kläger und Gläubiger die Ueberweisung seiner Forderung an einzelne Miterben bei dieser Vermögensübergabe bekannt gewesen, so war ihm auch die Eigenschaft des Zinszahlers Christoph Zimmermann als Güterpfleger der Vermögensmasse seiner Schuldnerin bekannt, und er konnte und mußte von ihm selbst den stückweisen Zinsbetrag annehmen, ohne daß man daraus gegen ihn auch nur eine Vermuthung schöpfen kann, daß er dabei eine Trennung seiner Hauptschuld, und eine Annahme einzelner Miterben als persönliche Schuldner beabsichtigte. War ihm aber von der Erbtheilung und Ueberweisung einzelner Erben an ihn nichts bekannt, so kann die allein stehende Thatsache, daß er von einem Erben eine abschlagsweise Zahlung von Zinsen mit 11 fl. annahm, nicht die Anwendbarkeit des S. 879 folgern, und eine Annahme jener einzelnen Erben als seine persönliche Schuldner herbeiführen, welche ihm gar nicht bekannt waren. Bei dieser Lage der Sache kann es auf den über die Annahme der Zinszahlung von Christoph Zimmermann dem Kläger zugeschobenen Haupteid, als nicht über eine entscheidende Thatsache des Rechtsstreits lautend, nicht ankommen, und die Beklagten, Appellanten, stehen also hinsichtlich ihrer Behauptung der Annahme der zwei überwiesenen Miterben als persönliche Schuldner des Klägers beweislos da. Das sie nach L. R. S. 873 nach Kopftheilen hinsichtlich der persönlichen Schuld, hinsichtlich der Unterpfandsforderung aber nach dem Besitz der Unterpfänder zur Zahlung der Schuld verurtheilende Erkenntniß des Unterrichters ist also zu bestätigen, und Beklagte, Appellanten, sind nach §. 169 der Prozeßordnung auch in die Kosten dieser Instanz zu verfällen.

Sander.

VI.

Merkwürdiges amtliches Erkenntniß in Klagsachen des G. B. von G. gegen M. M. von da, wegen Verläumdung.

„Sei Beklagter der Verläumdung gegen G. B. für schuldig erkannt, und zu dreitägiger gemeiner Gefängnißstrafe nebst Tragung der Kosten verfällt."

„Dabei wird derselbe aufmerksam gemacht, sich fernerhin derartiger Verläumdungen, namentlich gegen den Kläger für diesen Fall selbst, so lange zu enthalten, als er nicht gesichert ist, die vorgeworfenen Thatsachen rechtsgenüglich beweisen zu können, widrigenfalls er besonders für letzten Fall nachdrücklichere Strafe zu gewärtigen haben würde!"

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 24. | Karlsruhe den 14. Juni 1834.

I.

Ueber die Streitverkündung.

Von Dr. Zentner.

(Fortsetzung des in Nr. 23 abgebrochenen Artikels.)

F. In wie fern ist die Streitverkündung nach der Prozeßordnung nothwendig?

Beim ersten Anblicke scheinen die Bestimmungen der Prozeßordnung hierin von großer Strenge und Härte zu seyn, bei näherer Betrachtung ist es aber damit so arg nicht, und ich möchte behaupten, daß sie eher dem entgegengesetzten Vorwurfe bloßgestellt seien und eigentlich den frühern Grundsätzen des badischen und des gemeinen Prozeßrechts eben so sehr an Strenge, als an Zweckmäßigkeit und Umsicht nachstehen. Darnach galt der Grundsatz: Wer gegen Jemand Rückgriff nehmen will, hat ihm den Streit zu verkünden, oder sich die Einwendung und den Beweis gefallen zu lassen, daß er Mittel, den durch die Regreßklage verfolgten Schaden abzuwenden, gehabt hätte. Wie ganz anders jetzt? Nach §. 112 der Prozeßordnung ist die Streitverkündung stets der Willkühr der Parteien anheim gestellt. Die in den §§. 113 und 114 benannten Nachtheile sind bloß in den Fäll:n angedroht, in welchen eine Partei „nach den Gesetzen den Streit hätte verkünden sollen" (bei einer „Streitverkündung, zu der sie gesetzlich verpflichtet waren"). Die Prozeßordnung selbst bezeichnet keine solche Fälle, namentlich geschieht dieß nicht im §. 112, denn dieser spricht nur von können und nicht von müssen. Das Landrecht aber schreibt in den meisten Fällen, in welchen ein Rückgriffsrecht gegeben ist, eine Streitverkündung nicht vor, und in den wenigen Fällen, in welchen dieß geschieht, hat es auch die rechtlichen Folgen der Unterlassung schon bestimmt. In den Fällen der Landrechtssätze 1225, 2178, 2202 z. B. ist sie nicht vorgeschrieben, in den Sätzen 614, 1640, 2031 u. a. aber sind die Folgen der Unterlassung bestimmt. Für die Fälle der erstern Art sind daher die in den §§. 113 und 114 angedrohten Folgen nichtssagend, und nach dem Argument a contrario können nun sogar die Einreden, welche sonst dem Regreßkläger von dem Regreßbeklagten bei unterlassener Streitverkündung allgemein entgegen gehalten werden konnten, in Fällen des §. 113 jenem da (also meistens!) gar nicht entgegen gehalten werden, wo der Regreßkläger nach den Gesetzen nicht ausdrücklich zur Streitverkündung verbunden war *). Für die Fälle aber, wo das Landrecht die Streitverkündung oder Beiziehung vorgeschrieben hat, sind diese Paragraphen der Prozeßordnung da überall eitel, wo jene Gesetze schon besondere Nachtheile an die Nichtverkündung geknüpft haben. Denn die

---

*) Diese Behauptung scheint etwas gewagt zu seyn. Wenn die §§. 113 und 114 nur von dem Fall sprechen, da die Partei zur Streitverkündung gesetzlich verpflichtet war, so folgt daraus nur, daß diese Paragraphen in andern Fällen keine Anwendung finden; keineswegs aber folgt daraus, daß in diesen andern Fällen nicht ebenfalls nach andern gesetzlichen Bestimmungen gleiche oder andere Wirkungen aus der Nichtbeiladung hervorgehen können.

Die im §. 113 ausgesprochene Wirkung ist nun wohl eine allgemeine für alle Fälle, da der Regreßkläger seine Klage auf das vorausgegangene Urtheil, beziehungsweise auf die demselben zu Grund liegende Thatsache, stützt. Dieses Urtheil hat nämlich nach L. R. S. 1351 gegen den Regreßbeklagten, als gegen einen Dritten, keine Rechtskraft, derselbe kann daher die Rechtmäßigkeit des Urtheils noch in Streit ziehen und darthun, daß das demselben zu Grund gelegte thatsächliche Verhältniß anders sei, woraus etwa die Nichtverbindlichkeit des Regreßbeklagten hervorgehen kann, so daß der Regreßkläger seine nach Umständen darin, daß die beiden Erkenntnisse in ihren Prämissen sich etwa widersprechen, liegende Beschädigung nach S. 1118 a. 1383 seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat.

Diese allgemeine Wirkung einer derartigen Vernachlässigung ist im §. 113 der Prozeßordnung, wo doch nur von den Fällen der Verpflichtung zu einer Streitverkündung die Rede ist, wohl nur darum ausgedrückt, um damit einen Gegensatz zu dem in §. 114 bezeichneten besondern Falle, wo ein ganz singuläres Präjudiz eintritt, zu bilden.

D. R.

landrechtlichen Bestimmungen betreffen immer eine besondere Gattung von Rechtsgeschäften, während die Prozeßordnung allgemeine Normen enthält, es kommt deßhalb der Grundsatz zur Anwendung, daß das specielle Gesetz durch das spätere generelle nicht aufgehoben wird, welcher Grundsatz hier um so unzweifelhafter am Platze seyn wird, als es sich mehr um civilrechtliche Bestimmungen, als um Gegenstände des Prozeßrechts handelt. Die beiden Paragraphen sind daher bloß noch anwendbar auf diejenigen Fälle, in welchen Gesetze die Streitverkündung vorschreiben, ohne zugleich die Folgen der Unterlassung besonders zu bestimmen *). Wie viel solcher Fälle sind, überlasse ich Jedem sich selbst zu beantworten.

Hiernach wäre also bei richtiger Auslegung nicht sowohl, wie in dem zweiten Artikel in Nr. 19 vom ersten Jahrg. der Annalen geschieht, über Widersprüche der Prozeßordnung mit dem Landrechte in dieser Beziehung zu klagen, sondern vielmehr über das Ungenügende dieses Theils der Prozeßordnung, wiewohl übrigens in jenem Aufsatze mehrere wesentliche Lücken treffend hervorgehoben sind. Der oben angeführte kurze Satz des alten Prozeßrechts hat, ohne die auf keinem haltbaren Grund beruhende Unterscheidung zwischen den Fällen, in welchen der Regreßkläger den Streit bis in die letzte Instanz ausgetragen hat und jenen, worin er vorher das Erkenntniß rechtskräftig werden ließ, ganz einfach eine Norm aufgestellt, welche die Interessen des Auffordernden und Aufgeforderten auf eine der Vernunft und Billigkeit vollkommen angemessene Weise mit einander vereinigte und die Aufnahme in unsere neue Prozeßordnung verdient hätte.

G. Wer trägt die Kosten der Streitverkündung?

Auch diese Frage kann nach den Aenderungen, welche das frühere Prozeßrecht durch die neue Prozeßordnung erlitten hat, nicht mehr geradehin so wie früher beantwortet werden. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: unterliegt der Streitverkünder, alsdann hat er ohne Zweifel dem Regreßbedrohten die Kosten zu ersetzen, wie jeder nach §. 168 der Prozeßordnung der Gegenpartei dieselben zu ersetzen schuldig ist. Erhebt er später die Regreßklage, und obsiegt, so fallen dem Regreßbeklagten die aus der Streitverkündung entstandenen Kosten zur Last, weil der Regreßkläger nach §. 112 der Prozeßordnung das Recht, ja in den Fällen, worin Gesetze die Streitverkündung vorschreiben, sogar die durch angedrohte Rechtsnachtheile begründete Verbindlichkeit (§. 113 und 114) hatte, den Streit zu verkünden. Er muß sie daher in demselben Maße, in welchem er den Ersatz vom Streitverkünder erhalten, ihm wieder ersetzen. Den Regreßbedrohten mit dem Kostenersatz deßhalb bis zum Erfolg der Regreßklage zu verweisen, dazu giebt es keinen zureichenden Grund, theils weil durch das Urtheil die Streitverkündung als unnütz und unnöthig dargestellt wird, theils weil die Frage, ob die Kosten nicht in Folge der Regreßklage dem Regreßbedrohten bleibend zufallen, noch in das Reich des Ungewissen gehört, ja sogar die Erhebung der Regreßklage ganz unterbleiben kann.

Schwieriger scheint dagegen der andere Fall zu seyn, wenn die Gegenpartei des Streitverkünders unterliegt. Denn da §. 112 der Prozeßordnung die Streitverkündung an den bloßen Glauben der Parteien bindet, so wird man die unterliegende Gegenpartei mit solchen Kosten nicht unbedingt beschweren können. Hier muß man nun die Kosten der Streitverkündung, der Gegenpartei des Verkünders gegenüber, lediglich als Kosten des Letztern ansehen, und sie daher auch ganz wie diese nach §. 168 ff. der Prozeßordnung behandeln. Ob die Kosten, welche die Streitverkündung besonders verursachte, nothwendig waren, hat der Richter jedesmal nach den individuellen Verhältnissen des Prozesses zu beurtheilen. Will man ganz streng verfahren, so wird die leitende Norm die seyn: Haben schon die Behelfe des Streitverkünders den Sieg zur Folge gehabt und haben müssen, so können die Kosten der Streitverkündung nicht als nothwendige angesehen werden, und daher auch der Gegenpartei nicht zur Last fallen, wohl aber im umgekehrten Falle, wenn der Sieg dem Regreßbedrohten zuzuschreiben ist. Auf dem Regreßbedrohten können sie aber in jenem Falle auch nicht liegen bleiben, weil er durch die Streitverkündung zur Theilnahme am Streite veranlaßt worden ist und durch das Obsiegen wider die Gegenpartei schon durch seine (des Verkünders) Mittel die Streitverkündung als unnöthig dargestellt wird, die dadurch verursachten Kosten daher als ein von dem Verkünder ihm zugefügter unrechter Schaden zu betrachten sind, weßhalb sie auch dem Verkünder zur Last fallen. Sollte man hiergegen vielleicht einwenden wollen: wenn man hiernach dem Verkünder zumuthe, daß er wissen konnte, er werde schon durch seine Mittel gewinnen, so dürfe mit eben so viel Grund auch vom Regreßbedrohten verlangt werden, daß er dieß voraussehen und sich deßhalb die Kosten sparen sollte; so wird dieser Einwurf durch die Bemerkung beseitigt, daß der Verkünder seine Hülfsmittel zum Voraus kennen und übersehen konnte, nicht aber der Regreßbedrohte.

Will man aber weniger streng seyn und vielleicht auch darauf Gewicht legen, daß häufig die Bestimmung schwer wäre, ob durch des Verkünders oder durch des Aufgeforderten Behelfe gewonnen worden sei, so dürfte es wohl dem richterlichen Ermessen in jedem einzelnen Fall anheim zu stellen seyn, zu

*) Ein solcher Fall wäre der, von dem der §. 1727 spricht.
D. R.

entscheiden, ob der Streit von der Art war, daß der Verkünder wenigstens Grund haben konnte, von der Streitverkündung Gebrauch zu machen, in welchem Falle dann der unterliegenden Gegenpartei die Kosten der Streitverkündung, eben so wie die Kosten des Verkünders, zugewiesen werden könnten. Allerdings ist hiermit eine scharfe Grenzlinie für alle Fälle nicht gegeben und dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum verstattet; allein dieß ist bei den Prozeßkosten nach den §§. 168 und 169 der Prozeßordnung überhaupt der Fall und auf eine nähere Bestimmung können und wollen wir auch in dieser speciellen Materie keinen Anspruch machen. Weil es aber rücksichtlich der Kosten der Streitverkündung für den durch §. 175 der Prozeßordnung bestimmten Richter (erster Instanz) in allen Fällen, in welchen die Sache in höhere Instanzen zur Entscheidung gelangt ist, ohne die Acten dieser höhern Instanzen unmöglich, und, auch selbst wenn er sich diese Acten verschafft, schwer und unnöthig mühsam seyn würde, sich ein richtiges Urtheil über die Nothwendigkeit der Streitverkündung und somit der durch sie verursachten Kosten zu bilden, so möchte es zweckmäßig seyn, daß jeder Richter, in dessen Instanz eine Streitverkündung vorkam, wenigstens im Falle die Gegenpartei des Verkünders verliert, zugleich beim Kostenpunkte bestimmte, in wie fern die unterliegende Partei auch die Kosten der Streitverkündung zu tragen verbunden sei. Diese Bestimmung würde dann, so weit sie, wie meistens der Fall seyn wird, nicht in das Einzelne eingeht, der besondern Liquidation vor dem in §. 175 bezeichneten Richter immerhin noch Raum lassen. Es wird bei dem Ermessen rücksichtlich der Kosten der Streitverkündung freilich viel darauf ankommen, in wie fern der Richter der unter F. ausgesprochenen Ansicht über die Nothwendigkeit der Streitverkündung im Allgemeinen beipflichtet oder nicht *).

Aus dem Bisherigen mag sich ergeben, daß und worin bei einer Revision der Prozeßordnung Aenderungen in diesem Theile wünschenswerth seien.

---

*) Mit der hier geäußerten Ansicht über den Kostenpunkt bin ich nicht einverstanden.

Ich unterscheide zwischen dem Verhältniß des Streitverkünders zu dem Beigeladenen und jenem des Letztern zu dem Gegner des Streitverkünders.

Was das erstere Verhältniß betrifft, so glaube ich, daß in dem Prozesse, in welchem die Streitverkündung geschieht, unter keiner Voraussetzung der Streitverkünder verfällt werden könne, dem Beigeladenen die durch die Beiladung verursachten Kosten zu ersetzen. Entweder nimmt nämlich der Beigeladene auf die Streitverkündung am Prozesse Theil, oder er nimmt keinen Theil. Im letztern Falle hat er keine Kosten, da jene für die Streitverkündung und deren Insinuation nach §. 171 der Prozeßordnung jedenfalls vom Streitverkünder vorzuschießen sind. Nimmt er aber Theil, so wird er nach §. 116, vergl. mit §. 105, als Nebenintervenient zum S t r e i t g e n o s s e n Desjenigen, der ihm den Streit verkündet hat; diese beiden stehen sich daher nicht als Parteien gegenüber, über i h r gegenseitiges Verhältniß wird hier gar nicht verhandelt, es kann daher hierüber auch keinerlei Entscheidung, selbst nicht einmal über den Kostenpunkt, erfolgen, denn der Streitverkünder und der Beigeladene sind in diesem Prozeß nur e i n e Partei. Sind sie mit einander u n t e r l e g e n und entsteht alsdann unter ihnen selbst durch die Rückgriffsklage ein Rechtsstreit, so wäre dann damit erst die Gelegenheit vorhanden, über den Ersatz jener Kosten, wenn der Beigeladene etwa als Regreßbeklagter mit einer Widerklage sie herausforderte, zu streiten und zu entscheiden. Er würde aber mit dieser Ersatzforderung wohl selten durchsetzen können, da die Streitverkündung keine eigentliche A u f f o r d e r u n g zur Theilnahme am Prozesse, sondern eigentlich nur eine B e n a c h r i c h t i g u n g von dem Daseyn des Letztern enthält, und dem Benachrichtigten lediglich freigestellt wird, Theil zu nehmen, oder nicht. Nur wenn dem Streitverkünder bei der Streitverkündung das thatsächliche Verhältniß unrichtig dargestellt, und dadurch den Beigeladenen in Beziehung auf die Nothwendigkeit oder Räthlichkeit seiner Intervention irre geführt hätte, möchte die Kostenersatzforderung des Letztern nach L. R. S. 1382 und 1383, vergl. mit §. 168 der Prozeßordnung, gegründet seyn.

Was nun das Verhältniß, gegenüber der G e g e n p a r t e i d e s S t r e i t v e r k ü n d e r s, betrifft, so kann davon ebenfalls nur die Sprache seyn, wenn der Beigeladene am Streit Theil nimmt. In diesem Falle wird aber der Beigeladene nach §. 116 und 105 zum Streitgenossen des Streitverkünders, und als solcher ist er daher auch in Beziehung auf die Prozeßkosten zu behandeln. Es kann hiebei, wenn der Gegner unterliegt, keinen Unterschied machen, ob der Beigeladene erst durch Streitverkündung, oder sogleich von Anfang unausgefordert, Streitgenosse geworden sei; der Gegner muß, sofern er überhaupt in die Kosten verfällt wird, in beiden Fällen jene a l l e r Streitgenossen, auch desjenigen, der es erst durch die Streitverkündung geworden ist, ersetzen, vorausgesetzt, daß die Kosten dieser Genossenschaft nach §. 98 und 99 der Prozeßordnung innerhalb der gesetzlichen Schranken geblieben sind, und daß der beigeladene Streitgenosse nach der Lage der Sache dabei wirklich b e t h e i l i g t war, also eine r e c h t m ä ß i g e U r s a c h e seiner Theilnahme am Streit vorhanden war.

Sind aber die S t r e i t g e n o s s e n im Prozesse unterlegen und sind dem Gegner die Kosten zu vergüten, so können die beiden Streitgenossen nicht gemeinschaftlich wie jene, welche schon von Anfang des Prozesses an als Streitgenossen auftraten, zum Kostenersatz verfällt werden, weil sie nicht eben so wie die Letztern den Streit und die desfallsigen Kosten gemeinschaftlich v e r a n l a ß t e n. Nur der Streitverkünder ist gegenüber seiner Gegenpartei als der alleinige Veranlasser des Streits in die Kosten zu verfällen und ihm die Ersatzforderung gegen den künftigen Regreßbeklagten zu überlassen. Nur hinsichtlich desjenigen Kostenbetrags, welchen die Theilnahme des Beigeladenen dem Gegner besonders veranlaßte, ist derselbe nach §. 168 auch zur unmittelbaren Erstattung an den Letztern zu verurtheilen.

D. R.

II.

Rechtsfall.

P. W. gegen G. H.

David M. von B. schloß im September 1827 mit H. von N. einen Lieferungsvertrag, wodurch er sich verpflichtete, ihm bis zum 6. Octbr. 1827 1½ Fuder weißen Brantwein zu liefern und zwar die Ohm zu 14 fl.

Als aber H. den Brantwein auf mehrere Erinnerungen nicht erhielt, reiste er am Ende des Octobers 1827 selbst nach B., und bewirkte, daß aller veraccordirte Brantwein bis auf drei Ohm zusammengebracht wurde.

Sogleich nach seiner Abreise übergab D. M. diesen Brantwein dem von H. bestellten Fuhrmann P. W. zur Verführung nach N., ließ sich jedoch, weil er von Seiten des H. Entschädigungsansprüche fürchtete, vom Fuhrmann P. W. einen Bürgschein dahin ausstellen, daß dieser ihm die am Lieferungspreis noch rückständigen 66 fl. mit der Fuhr unfehlbar zurückbringen werde.

H. verweigerte nun dem P. W., nachdem dieser ihm den Brantwein schon übergeben hatte, die Auszahlung der 66 fl. mit der Erklärung, daß er sowohl wegen Nichtlieferung der drei Ohm als wegen verspäteter Lieferung des übrigen Brantweins Entschädigung zu fordern habe und damit den Kaufschillingsrest von 66 fl. compensiren wolle.

D. M. belangte nun, ohne sich an H. zu halten, auf den Grund des erwähnten Bürgscheins unmittelbar den Fuhrmann P. W., der auch, ohne den H. zur Mitvertretung aufgefordert zu haben, verfällt wurde, und Zahlung leistete, sodann aber gegen H. eine Rückgriffsklage anstellte.

Dabei kamen nun, da der Beklagte die schon erwähnte Entschädigungsforderung als Einrede der Compensation entgegen hielt, unter anderem folgende Fragen zur Sprache:

1) ob diese Einrede auch dem Kläger P. W., der sich immer darauf berief, daß ihn die Saumsal und Vertragswidrigkeit des D. M. nicht berühre, entgegen gehalten werden könne?

Diese Frage wurde bejaht, weil P. W. gegen H. kein eigenes Klagrecht habe und nur aus den Rechten des D. M. in Folge der für diesen geleisteten Bürgschaft auftrete, sich folglich auch die dem D. M. als seinem Rechtsgeber entgegen stehenden Einreden entgegen halten lassen müsse, indem er den ihm eröffneten Rechtseintritt des P. W. nicht unbedingt angenommen (S. 1295 Abs. 2 und 1691), und der Letztere, als er von D. M. belangt war, den H. auch nicht zur Mitvertretung aufgefordert habe (S. 2031 Abs. 2 und 1640).

2) Was die Hauptsache betrifft, so bestand ein Theil der Entschädigungsforderung darin, daß der Verkäufer M. dem H., welcher im Juni 1828 drei weitere Ohm Brantwein à 27 fl. von Mannheim kommen ließ, für die nicht gelieferten drei Ohm den Ersatz mit 13 fl. von der Ohm, also zusammen mit 39 fl. zu zahlen habe, da H., wenn M. ihm den ganzen veraccordirten Betrag geliefert hätte, nicht nöthig gehabt haben würde, im Juni 1828 von dem theurern Mannheimer Brantwein zu kaufen.

Man hielt diese Forderung für ungegründet, weil M. wegen der Nichtlieferung der drei Ohm Brantwein nach S. 1142 zwar Entschädigung schuldig sei, der im Juni 1828 um einen willkührlich verabredeten Preis gekaufte Brantwein aber nicht als Maßstab gelten könne, und H., wenn er nicht die nachträgliche Lieferung, sondern Entschädigung verlange, darthun müßte, daß und wie viel höher der Preis des Brantweins in B. und zwar zu jener Zeit war, als D. M. ihm solchen dort liefern sollte. Nur in diesem Mehrwerth läge ein aus der Nichtlieferung nothwendig hervorgegangener Schaden, während der jetzt erlittene auf des Käufers H. eigenen freien Handlungen beruhe.

3) D. M., welchem P. W. in diesem Streite erst nach erfolgtem Zwischenbescheid litem denuncirte, ließ sich zur Mitvertretung des P. W. wirklich herbei und stellte der so eben erfolgten als Einrede der Compensation geltend gemachten Entschädigungsforderung die Replik entgegen, daß H. ihm die Lieferung der mangelnden drei Ohm erlassen habe, und schob ihm hierüber den Haupteid zu.

Es fragte sich nun, ob auf den vom Beklagten alsdann dem Litisdenunciaten D. M. zurück geschobenen Haupteid erkannt werden könne? — Diese Frage wurde bejaht, weil der Litisdenunciat dadurch, daß er die Aufforderung angenommen und sich zur Mitvertretung des Klägers herbei gelassen habe, des Letztern Litisconsort geworden, und ohnehin nur von ihm die Zuschiebung des Eids ausgegangen sei.

y.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 25. | Karlsruhe den 21. Juni 1834.

I.
Ueber Irrthum bei Verträgen.

In Nr. 11 der dießjährigen Annalen folgt unmittelbar auf eine etwas herbe Kritik des obersten Gerichtshofs ein Rechtsfall des unterrheinischen Hofgerichts, welcher ebenfalls, wenn auch nicht in gleichem Maße, zur Kritik auffordert.

Wenn ich nämlich den Fall richtig verstanden habe, so leistete die Standesherrschaft Leiningen im Jahre 1806 auf eine auf der Riedmühle haftende Gült zum Vortheil der Staatsregierung Verzicht, weil sie der irrigen Meinung war, daß die Abgabe Steuernatur habe; und die Staatsregierung, denselben Irrthum theilend, verzichtete, dem Müller gegenüber, auf dieselbe Abgabe.

Anstatt nun mit dem unterrheinischen Hofgericht zu sagen:

> „die Erhebung der angetretenen und erheblich scheinenden Beweise über den Irrthum sei zwecklos, weil sich aus der Klage selbst und deren Beilagen die Nichtbegründung derselben in so fern ergiebt, als darnach die Abgabe im Jahr 1806 von der Leiningenschen Behörde selbst, gleichviel ob aus irriger oder richtiger Ansicht des Beamten, für Wasserzins erklärt, deßhalb an die badische Regierung abgetreten, und von dieser im Jahr 1819 als alte Steuer aufgehoben worden sei;"

würde ich vielmehr gerade alles Gewicht auf die Frage gelegt haben: ob ein Irrthum vorliege, und ob deßhalb die Standesherrschaft Leiningen den von ihr und der Regierung geleisteten Verzicht anfechten konnte?

Da nun ein Irrthum über das Wesen der Sache, auf welche verzichtet wurde, von Seiten der Klägerin behauptet wird, und aus der in den Annalen gemachten Mittheilung nicht erhellet, daß dieser Irrthum ein bloßer Rechtsirrthum, oder sonst selbst verschuldet war, so würde ich, in Anbetracht der L. R. S. 1109, 1110, 2053, 1356 Abs. 4 und 1235 vergl. mit 1376 ff., keinen Anstand nehmen, zu entscheiden, daß die Verzichtsanfechtung durch erschöpfende Beweisführung allerdings begründet werde.

Daß die Standesherrschaft ihren Verzicht nicht dem Müller, sondern der Staatsregierung leistete, kann ihr um deßwillen nicht entgegen gehalten werden, weil sie durch ihren Verzicht unstreitig mit der Staatsregierung in einem Vertrags- oder doch vertragsähnlichen Verhältnisse war, und deßhalb gegen diese ganz unzweifelhaft die Vertragsanfechtungsklage hatte; und weil diese Staatsregierung, anstatt solche Klage abzuwarten, das Recht der Standesherrschaft anerkannte, und den von ihr aus Irrthum geleisteten Verzicht, auf dem nämlichen Wege, wie er geleistet war, nämlich durch eine Verwaltungshandlung, ausdrücklich zum Vortheil der Klägerin wieder zurücknahm.

Von diesem Gesichtspunkte aus scheinen mir die außergerichtlichen Verhandlungen zwischen der standesherrlichen Domänenkanzlei und dem Großh. Finanzministerium nicht ganz so unerheblich, wie solche dem urtheilenden Hofgerichte erschienen, denn es wird daraus gewiß, daß das Finanzministerium sich in Bezug auf das befragte Gültrecht als Schuldner der Standesherrschaft Leiningen gerirte, und eine Verbindlichkeit, der Domänenkanzlei ihr aus Irrthum abgetretenes Recht zurückzustellen, anerkannte, daß also die Standesherrschaft sich hier zu dem Fiscus, wie Gläubiger zum Schuldner verhielt.

Vermöge dieser Eigenschaft aber kann sie den Rechtsverzicht, welchen das Finanzministerium irrig leistete, als nichtig geschehen anfechten; L. R. S. 1166; Zachariä Handbuch dritte Aufl. §. 334. Ueberdieß war das hier durch Verzicht veräußerte Recht eine Liegenschaft (L. R. S. 526 a.), und schon um deßwillen kann die Standesherrschaft die auf Irrthum gestützte Nichtigkeitsklage nicht allein wider ihren Contrahenten, den Fiscus, sondern auch wider den dritten Besitzer des veräußerten Rechts anstellen. arg. art. 1681. Zachariä l. c. §. 336.

Wie unter diesen Umständen der L. R. S. 710 f. b. der Klage der Standesherrschaft im Wege stehen sollte, ist nicht abzusehen, denn es handelt sich keineswegs um die neue Bestellung eines Gültrechts, sondern im Gegentheil um den Richterspruch, daß ein Gültrecht troß des vom Eigenthümer

darauf geleisteten Verzichtes rechtlich zu bestehen gar nicht aufgehört habe, weil dieser Verzicht wegen Irrthums über das Wesen des Gegenstandes, also wegen Mangels an Einwilligung, nichtig war.

Trefurt.

II.

Rechtsfall über eine Umstoßung eines Testaments und Zuläßigkeit des Zeugenbeweises dabei.

Urtheil.

In Sachen des Adam Seidel und Consorten von Stupferich, Kläger, Appellanten; gegen die Ehefrau des verstorbenen Ignaz Seidel allda, Beklagte, Appellatin; Testamentsnichtigkeit betreffend, wird das Urtheil des Oberamts Durlach vom 13. Septbr. v. J., besagend:

„daß die Kläger mit ihrer Klage auf Umstoßung des vom Ehemann der Beklagten am 25. Febr. d. J. errichteten letzten öffentlichen Willens unter Verwerfung des von ihnen angetretenen Zeugenbeweises, und unter Verfällung der Kläger in sämmtliche Kosten des Streites abzuweisen seien,“

unter Verfällung der Beklagten, Appellanten, in die Kosten dieser Instanz, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte ist von ihrem Ehemanne durch ein vor einem Theilungscommissär und vier Zeugen aufgenommenes öffentliches Testament zur Universalerbin eingesetzt worden, und die klagenden Intestaterben suchen nunmehr dieses, sonst als formrichtig zu betrachtende Testament damit umzustoßen, daß sie anführen: die Beklagte seie bei dem Acte der Testamentsaufnahme in einer Nebenkammer gewesen, und als sie gehört, daß ihr Ehemann ihr nur die Fahrnisse und die Feldblum vermachen wolle, mit aller Hastigkeit herausgesprungen und habe ihrem Manne zugeschrieen: „Was Ignaz, Alles will ich,“ der Theilungscommissär habe den Act aufheben wollen, habe aber auf Zureden der Beklagten das Testament vollendet. Daraus werden nun zwei Nichtigkeitsgründe des Testaments gezogen:

1) daß dasselbe auf rechtswidrige Weise unterbrochen worden seie;

2) und der Testator sein Testament nicht im Zustande seines freien Willens gemacht habe.

Der thatsächliche Hergang soll durch die Zeugen des Testaments, welches übrigens davon nichts erwähnt, erwiesen werden.

Daß nach den Vorschriften unserer Prozeßordnung die Testamentszeugen gegen den Inhalt des Testaments im Allgemeinen aussagen können, und als Zeugen zugelassen werden müssen, wird sich nicht bezweifeln lassen, denn dadurch, daß das Testament selbst als falsch angegriffen wird, verliert es den Glauben als beweiskräftige öffentliche Urkunde, und nirgends sind in den §§. 507 u. 508 der Prozeßord. die Urkundenzeugen als unzuläßige Zeugen benannt. Wenn man sie auch früher hie und da deßhalb als unzuläßig verwarf, weil sie gegen den von ihnen als wahr bestätigten Inhalt des Testaments aussagen müßten, also zu ihrer Schande, so ist diese Schande selbst sehr zu bezweifeln, jedenfalls ist aber nach unserer Prozeßordnung ein solcher Zeuge nicht unzuläßig, sondern kann nur selbst nach §. 511 das Zeugniß ablehnen. Allein um hier den angetretenen Zeugenbeweis zuzulassen, muß vor Allem untersucht und ausgemacht seyn, daß der Gegenstand, worüber sie aussagen sollen, erheblich, und daß folgeweise die dadurch zu erweisenden Nichtigkeitsgründe des Testaments gesetzlich zuläßig sind. Beides ist hier nicht vorhanden.

ad 1. Die rechtswidrige Unterbrechung des Testaments betreffend, so ist es zwar richtig, daß die badische Notariatsordnung vom 3. Novbr. 1806 im §. 41 die Nichtgestattung fremder Zwischenhandlungen bei allen Testamenten vorschreibt, und somit die unitas actus für öffentliche Testamente, welche schon gemeinen römischen Rechts war, bestätigte. Allein unser Landrecht hat in dem Satz 971, 972 bei öffentlichen Testamenten diese unitas actus als eine Förmlichkeit desselben nicht angefordert, sondern solche nach dem Satz 976 auf geheime Testamente beschränkt, und da nun nach Satz 1001 nur die im Landrecht vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Testamente bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müssen, so kann die hier behauptete Unterbrechung des Acts als nicht vorgeschriebene Förmlichkeit eine Nichtigkeit des Testaments nicht hervorbringen. Der Beweis der Unterbrechung ist daher unerheblich. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß die Vorschriften der Notariatsordnung immerhin noch bei der Frage der Gültigkeit von Testamenten Beachtung verdient, allein nur in einer, hier nicht eintretenden, Beziehung. Das öffentliche Testament ist nämlich zugleich eine öffentliche Staatsschreibereiurkunde, muß also deren allgemeine Erfordernisse besitzen, und in Beziehung auf sie, ist die Notariatsordnung noch immer von gesetzlicher Kraft. Die besondern Erfordernisse eines Testaments hinsichtlich seiner Form sind aber nicht sowohl Gegenstand der Notariatsordnung, als vielmehr Gegenstand der besondern Gesetzgebung über Testamente, und hat hierin die spätere Gesetzgebung etwas geändert, so tritt die Notariatsordnung außer Kraft. Die unitas actus testamenti ist aber eine besondere Förmlichkeit des Testaments, sie ist nicht für Notariatsurkunden als solche vorgeschrieben; es giebt keine gesetzliche Vorschrift, daß alle Staatsschreibereiurkunden in einem ununterbrochenen Acte gefertigt werden müssen, und so kann

also das vorliegende Testament aus der geschehenen Unterbrechung weder als besondere Testamentsurkunde, noch als allgemeine Staatsschreibereiurkunde umgestoßen werden.

ad 2. Den Mangel freier Willensentschließung betreffend. Nach dem Entwurf des Code civil in Frankreich war der Beweis des aus Haß, Zorn, Erschleichung entstandenen Testaments verboten, dieser Artikel des Entwurfs blieb weg, und nur der Artikel 901 bestehen, der sich allein auf die Nothwendigkeit des gesunden Verstandes bezieht, und demnach nur den Beweis einer Geisteskrankheit zur Umstoßung eines Testaments zuläßt. Allein auch in Frankreich hält man sich auf den einzigen Fall der Geisteskrankheiten im S. 901 zur Umstoßung von Testamenten nicht beschränkt, sondern anerkennt überall, daß man zur Gültigkeit eines Testaments auch den nämlichen Zustand der freien Willensentschließung besitzen muß, den man zur Gültigkeit von Verträgen auf Einwilligung überhaupt verlangt, in so fern sind daher die Zusätze unseres Landrechts 901 a. b. nur zur größeren und unbestreitbareren Sicherheit des Erfordernisses der allgemeinen Willensfreiheit eingesetzt worden. Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß der hier angeführte Grund der Nichtigkeit des Testaments wegen Mangels an freier Willensentschließung im Allgemeinen gesetzlich gegründet und zulässig ist, allein wenn dieser Mangel hier durch Zwang des Testirers hervorgebracht worden seyn soll, so muß er nach S. 1117 b. mit allen seinen Umständen, der Zeit, des Orts und der Art bestimmt angegeben seyn, und muß nach S. 1112 in dem Grad vorhanden seyn, daß die Art des Zwanges vernünftiger Weise auf den Testirer einen solchen Eindruck machen konnte, daß er befürchten durfte, er seie für seine Person einem überwiegenden, innestehenden Uebel ausgesetzt. Erreicht der behauptete Zwang diese Höhe nicht, so kann darauf keine Rücksicht genommen werden, und das dadurch angefochtene Testament kann um so weniger umgestoßen werden, als überhaupt die Rechtssicherheit des Vermögens Aller es erheischt, daß man bei Umstoßung von Testamenten mit Bedacht und Vorsicht zu Werke geht.

Der hier behauptete Zwang der Beklagten besteht nun lediglich darin, daß die Beklagte in Gegenwart des Theilungscommissärs und weiterer vier Männer dem zwar kranken, mit der Testamentsfertigung am 25. Febr. beschäftigten, aber erst am 2. März gestorbenen Testirer im Herausspringen aus einer Nebenkammer mit Heftigkeit gesagt habe: „Was Ignaz, Alles will ich," und darin kann wohl kein die Nichtigkeit des Testaments begründender Zwang gefunden werden. Mag der Testirer zwar schwer krank gewesen seyn, so hat er denn doch nicht so ganz nahe mit dem Tode gerungen, denn er ist erst sechs Tage später gestorben, und konnte also immerhin noch seinen freien Willen, wie er ihn in der Gesundheit gehabt, besitzen. Sodann gehört aber zu einem Zwang von Seiten eines andern Menschen vor Allem, daß derselbe mit irgend einem Uebel droht, und daß man den Eintritt dieses Uebels vernünftiger Weise zu befürchten und nahe daliegend zu besorgen hat. Die Beklagte hat aber nach der Kläger Anführen lediglich mit nichts gedroht, sondern sie hat nur ihren Wunsch auf ein Universalvermächtniß etwas hastig ausgedrückt, der Testirer konnte also bei Abseyn der Drohung eines Uebels überhaupt kein solches befürchten, und von einem nahe bevorstehenden Uebel war überhaupt gar keine Rede, da er ja im Augenblick des Verlangens der Beklagten von vielen Männern umgeben war, und so hatte er auch nicht den entferntesten Grund, ein innestehendes Uebel zu befürchten. Wäre die Aeußerung der Beklagten etwa vor Anfang der Testamentsfertigung zu einer Zeit vorgefallen, wo der Testirer mit der Beklagten allein gewesen wäre, so würde man gewiß aus dieser einzigen Thatsache keinen Zwang nach den Erfordernissen des L. R. S. 1112 annehmen, und da nun diese Aeußerung in Gegenwart Anderer geschah, wo also für den Testirer schon Schutz vor Unbilden da war, so kann man einen solchen Zwang noch um so weniger annehmen. Der Testirer konnte höchstens eine Furcht vor dem Unwillen seiner Ehefrau empfinden, allein wenn nach L. R. S. 1114 die Furcht vor dem Unwillen der Eltern und Vorgesetzten in der Regel keinen Umstoßungsgrund eines Vertrages abgeben kann, so kann dieß noch weniger bei der Furcht vor dem Unwillen der nach dem Gesetze, L. R. S. 213, dem Manne unterworfenen Ehefrau zur Umstoßung eines Testaments Statt finden. Der zur Umstoßung des Testaments angeführte Zwang ist sonach gesetzlich nicht vorhanden, demnach der Beweis desselben unerheblich, und in so ferne die Appellation, unter Verfällung des unterliegenden Theils in die Kosten, verwerflich.

Sander.

III.

Welche Wirkung hat eine von einer Ausländerin ohne Entlassung aus dem Staatsunterthanenverbande und gegen das Verbot der Großh. Polizeibehörde mit einem Badener abgeschlossene Ehe?

Im Jahre 1818 heirathete der Hofrath M., königl. würtembergischer Staatsbürger, die L. P. aus dem Großherzogthume Baden, welcher von der königl. würtembergischen Regierung das nachgesuchte Unterthanenrecht ertheilt wurde. Der Hofrath starb und es verheirathete sich dessen Wittwe mit einem Kaufmanne im Großherzogthum Baden. Mit der Verehelichung verhält es sich folgendermaßen. Als das erste Aufgebot der vorhabenden Verehelichung der Wittwe Statt

fand, machten die Kinder, welche der Hofrath M. aus früherer Ehe erzeugt hatte, bei der den Trauschein ertheilenden großh. Staatsbehörde die Anzeige, daß die Wittwe bei der Verheirathung an gedachten M. in den königl. würtembergischen Staatsunterthanenverband aufgenommen worden sei und sich als Würtembergerin im Großherzogthum Baden ohne Genehmigung und Entlassung der königl. würtembergischen Behörde nicht verehelichen könne. Die Beurtheilung dieses der Ehe entgegenstehenden Hindernisses wird dem Ermessen der großh. Behörde anheimgegeben. Auf diese Anzeige erfolgte nachstehender Beschluß an den Gemeinderath: „Aus einer Anzeige geht hervor, daß die Wittwe des verstorbenen Hofraths M. noch im königl. würtembergischen Unterthanenverband stehen soll, in welchem Falle die von ihr erwirkte Heirathserlaubniß bis zur nachgewiesenen Entlassung aus jenem Königreiche zurückgenommen werden müßte. Der Gemeinderath wird demnach beauftragt, die Frau Hofräthin hierüber sogleich zu vernehmen, und ihre Erklärung binnen drei Tagen mit Bericht vorzulegen, auch derselben zu bedeuten, daß bis zur genügenden Nachweisung über ihr Unterthanenverhältniß und weiter darauf folgende Ermächtigung die Trauung nicht Statt finden kann *). Der Gemeinderath wird zugleich beauftragt, sich darüber vernehmen zu lassen, warum in der vorgelegten Heirathsurkunde über den fraglichen Gegenstand gar nichts berichtet und die Braut lediglich als Bürgerin der Stadt bezeichnet worden ist.“ Ungeachtet des von der großh. Polizeibehörde erlassenen Verbotes wurde die Ehe dennoch abgeschlossen. Da die Wittwe, nunmehr verehelicht, die ihr aufgegebene Nachweisung der Entlassung nicht beizubringen vermochte, so wandte sich die großh. Behörde an das königl. würtembergische Oberamt K., von welchem folgender Erlaß erfolgte: „Wir fügen die Abschrift eines Schreibens v. . . . . hier bei, woraus hervorgeht, daß gegen die verwittwete Hofräthin von hier, deren staatsbürgerliche Entlassung in der jenseitigen verehrlichen Zuschrift v. . . . . gewünscht wird, von Seiten der Erben ihres verstorbenen Gatten bedeutende Geldansprüche begründet werden wollen. Obgleich nur die betreffende Gerichtsstelle, nicht aber die unterzeichnete Verwaltungsbehörde für die Annahme und Erledigung von civilrechtlichen Klagen competent ist, so sehen Wir Uns doch schon durch die vor jenen Ansprüchen geschehene amtliche Anmeldung nach dem §. 32 der würtembergischen Verfassungsurkunde zu der Antwortserklärung veranlaßt: daß die Entlassung der genannten Wittwe aus dem Königreiche erst dann erfolgen könne, wenn diese vorerst über die gänzliche Erledigung der erwähnten Schuldsache sich glaubhaft hier ausgewiesen und außerdem durch die Aufstellung eines tüchtigen inländischen Bürgen auf Jahresfrist hinreichende Versicherung geleistet haben werde, binnen gleicher Frist in Hinsicht auf alle nach ihrem Wegzuge etwa noch zur Sprache kommenden vor demselben an sie erwachsenden Ansprüche vor den obrigkeitlichen Behörden des Königreichs Recht zu geben.“

Bei diese Lage der Sache entsteht die Frage: welche Wirkung hat die gegen das Verbot der großh. Polizeibehörde und ohne Entlassung aus dem königl. würtembergischen Staatsverbande abgeschlossene Ehe in Ansehung der Ehegatten und der aus der Ehe erzeugt werdenden Kinder? Jeder Fremde, welcher außer seinem Vaterlande einen Vertrag gültig schließen will, ist in Ansehung der Form des Vertrages an die Gesetze des Landes gebunden, wo der Contract geschlossen wird; was aber das Recht und die Fähigkeit, einen Vertrag zu schließen, betrifft, muß jeder Contrahent nach den Gesetzen des Landes beurtheilt werden, wo er für seine Person in dem, durch vorübergehenden Aufenthalt im Auslande nicht verändert werdenden, Unterthanenverhältniß steht. Diese beiden Sätze sind allgemein angenommen, die ältern sowohl als die neueren Gesetzbücher haben sie aufgestellt: sie bedürfen daher einer näheren Nachweisung nicht. Der Grund des letztern Satzes scheint darin zu liegen, weil jede Regierung aus der frühern oder spätern Entwicklung der physischen und geistigen Kräfte, aus dem Character des Volkes, aus der Verfassung, Einrichtung und den Bedürfnissen des Landes am genauesten zu bestimmen im Stande ist, welche ihrer Unterhanen und unter welchen Bedingungen sie zur Abschließung des Rechtsgeschäfts der Ehe fähig und berechtigt seyn sollen. — In dem der Grafschaft Hohenlohe gemeinsamen Landrechte vom Jahre 1737 ist in Th. I. tit. 5 §. 3 verordnet: „Wann verwittibte Personen heirathen, die keine Kinder haben, so steht in ihrer freien Willkühr, ob sie Ehepakten aufrichten wollen oder nicht. Wären aber auf einer oder auf beiden Seiten Kinder aus vorigen Ehen vorhanden, so ist mit Zuziehung der Vormünder zuvörderst zu entschließen, ob in bevorstehender Ehe die Eheleute gegen die Kinder, so ihnen zugeheirathet werden, sich zu rechtem Vater

*) Nach großh. Verordnung vom 22. Decembr. 1809, Regbl. Nr. 53 §. 3, sind die Einsprachen (vergl. Eheordnung §. 54, 55) gegen die ehelichen Verbindungen, nach der Wahl des Einsprechenden, bei einer der Stellen, welche die Trauscheine ertheilt haben, oder auch bei der Beamtung anzubringen, wohin der künftige Wohnort der Verlobten gehört. Die Stelle, wo die Einsprache geschieht, benachrichtiget sogleich diejenigen Pfarreien, die zur Verrichtung der Trauung befugt sind, davon und besorgt ihre Erledigung im polizeilichen Wege. Die Berufungen von ihren Entschließungen gehen an die Kreisdirectorien. Die Ortspfarrer sollen, wenn sie durch das einschlägige Amt oder von einer Partei von gemachten Einsprachen gegen eine Ehe benachrichtigt werden, die Trauung nicht eher verrichten, als bis die Erledigung hievon durch das Amt bekannt gemacht wird, sonst verfallen sie in die im Art. 68 des Landrechts geordnete Strafe nebst Leistung der Entschädigung.

oder Mutter einsetzen lassen und eine Einkindschaft stiften wollen? oder ob sie gegen dieselben ihnen zugeheiratheten Kinder nur Stiefvater oder Mutter zu verbleiben und sich in den Ehepakten dafür zu erklären gemeint seien? .... Letzteren Falls aber ist zwischen dem zur andern Ehe schreitenden Vater oder Mutter und denen vorhandenen Kindern voriger Ehe eine ordentliche Abtheilung des ganzen Vermögens oder eine Abfindung vorzunehmen, auf Art und Weise wie unten im dritten Titel des fünften Theiles §. 4 in fin. und §. 14 folgt." Diese Verfügung wird so streng befolgt, daß keine Staatsbehörde die Erlaubniß zu der Abschließung einer weitern Ehe ertheilt, es wären denn vorher die Vermögensverhältnisse, den Kindern früherer Ehen gegenüber, geordnet, oder es hätten die großjährigen Kinder früherer Ehen auf eine Vermögensauseinandersetzung Verzicht geleistet. Nirgends findet sich eine Spur, daß davon eine Dispensation ertheilt werde; nur die Interessenten können den zur zweiten Ehe schreitenden Elterntheil davon entbinden. Hiezu kommt noch die gesetzliche Bestimmung des §. 32 der königl. würtembergischen Verfassungsurkunde, besagend: „Jedem Staatsbürger steht es frei, aus dem Königreiche, ohne Bezahlung einer Nachsteuer, auszuwandern, sobald er dem ihm vorgesetzten Beamten von seinem Vorsatze die Anzeige gemacht, seine Schulden und andern Obliegenheiten berichtigt, und hinreichende Versicherung ausgestellt hat, daß er innerhalb Jahresfrist gegen König und Vaterland nicht dienen, und eben so lange in Hinsicht auf die von seinem Wegzuge erwachsenden Ansprüche vor den Gerichten des Königreichs Recht geben wolle." Ferner sollen nach dem königl. würtembergischen Staats- und Regierungsblatt vom Jahre 1808 Seite 449 alle Copulationen im Inlande geschehen, und die Ehe nichtig seyn, wobei die Trauung außer Landes ohne allerhöchste Erlaubniß erfolgt ist. Die Wittwe hat keiner dieser Verfügungen Genüge geleistet und im Großherzogthume Baden gegen das Verbot der Polizeibehörde eine Ehe eingegangen. Die eheliche Verbindung mag zwar nach großh. Gesetzen (Eheordnung §. 11) als unbefugt, und, falls der Theil, dessen Einwilligung nöthig war, auf Zernichtung dringt, auch als ungültig erscheinen, mithin nur beziehungsweise gültig seyn, allein im Königreiche Würtemberg kann sie keine rechtlichen Folgen äußern, so wenig als eine von großh. Staatsunterthanen ohne Staatserlaubniß auswärts geschlossene Ehe *), denn kein Staat wird sich von dem andern Personen, welchen das Staatsbürgerrecht nicht verliehen ist, als Unterthanen aufdringen lassen, und dieses würde doch offenbar geschehen, wenn der Ehegatte in das Staatsgebiet, welchem die Wittwe angehört, bei deren Rückkehr aufgenommen werden müßte. Auch in andern deutschen Staaten, z. B. Baiern *), Großherzogthum Hessen **), Kurfürstenthum Hessen ***), Königreich Sachsen †), bestehen Verordnungen desselben Inhaltes. Die nächste Folge hievon ist, daß die Wittwe, sie mag die Erlaubniß zum Auswandern erhalten oder nicht, ihren im Auslande geehelichten Mann verlassen und zu einer weitern Ehe im Königreiche Würtemberg schreiten darf. Es ergiebt sich hieraus von selbst, welche Wirkung diese Ehe in Beziehung auf die aus derselben erzeugt werdenden Kinder äußert.

Anmerkung der Redaction. Die Ansicht, daß die Gültigkeit der Ehe in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit der Braut nach würtembergischen Gesetzen zu beurtheilen sei, beruht auf der Unterstellung, daß die Braut noch eine würtembergische Staatsangehörige sei.

Dieß dürfte aber nicht richtig seyn, wenn man erwägt, daß nach dem §. 8 a. des sechsten Constitutionsedicts eine fremde Frauensperson, wenn sie einen Badener heirathet, eo ipso auch badische Staatsbürgerin wird. Mit der Heirathsbewilligung ward ihr also eo ipso für den Fall der Verehelichung auch das Staatsbürgerrecht bewilligt.

Ob sie nach den würtembergischen Gesetzen wegen Mangel der Entlassung noch als würtembergische Staatsbürgerin angesehen werde, ist, sofern die Sache bei den badischen Behörden zur Sprache kommt, gleichgültig, denn nach badischen Gesetzen ist sie badische Staatsbürgerin und nach diesen Gesetzen muß eben darum auch ihre Rechtsfähigkeit bei Verträgen wieder nur nach badischen Gesetzen beurtheilt werden.

---

*) Verordnung vom 4. März 1812. Nachdem sich ergeben hat, daß einige benachbarte Staaten dergleichen ohne Staatserlaubniß auswärts geschlossene Ehen als nichtig behandeln, mithin zwar ihre Unterthanen, aber nicht dessen angetrauten Ehegatten und etwa erzeugte Kinder bei sich aufnehmen, so sind Se. Königl. Hoheit hiedurch bewogen worden, für alle Fälle, wo ein diesseitiger Unterthan, ohne die ordnungsmäßige Staatserlaubniß von badischen Behörden nachgesucht und erlangt zu haben, auswärts in einem Lande heirathet, mit welchem nicht durch Staatsverträge ausgemacht ist, daß eine solche Ehe dem Staat, in dessen Gebiet sie geschlossen wurde, zur Last bleibe, und mithin ein solcher Unterthan auf seine vaterländische Heimath zurückgreifen würde, zu verordnen, daß die Ehe als wegen Staatsungehorsam nichtig behandelt und ihr einige rechtliche oder polizeiliche Wirkung im Lande nicht zugelassen ... werden soll.

*) In der königl. baierischen Verordnung vom 12. Juli 1808, Regbl. vom Jahr 1808 Seite 1510 wird Nr. 16 festgesetzt: Da Wir durch gegenwärtige Verordnung alle zuläßigen Verheirathungen im Lande möglichst begünstigen, so bleibt es den Unterthanen streng verboten, Ehen außer Landes einzugehen: Alle außer Landes geschlossenen Ehen sollen als ungültig angesehen werden.

**) Verordnung vom 27. Juli 1810.

***) Ledderhose kurhessisches K. Recht §. 121.

†) Verordnung v. 7. März 1752, vom 21. Septbr. 1797.

Ob durch die Annahme der Braut im Großherzogthume Baden ohne vorausgegangene Entlassung aus Würtemberg die Staatsverträge mit Würtemberg oder wenigstens die nachbarlichen Rücksichten verletzt wurden, kann die Braut nicht berühren, und auf die Gültigkeit ihrer Annahme keinen Einfluß haben.

Wegen der Eigenschaft der Braut als Ausländerin dürfte daher der Gültigkeit der fraglichen Ehe nichts im Wege stehen, und es fragt sich nur, ob nicht der Umstand, daß die Ehe unerachtet des von der Polizeibehörde ergangenen Einhaltsbefehls geschlossen wurde, sie wegen Staatsungehorsams nichtig mache? Aber abgesehen davon, daß nicht angegeben ist, ob der Einhaltsbefehl, welcher nach dem §. 55 der Eheordnung den Trauungsbeamten hätte zugehen sollen, diesen noch rechtzeitig zukam, und ob die Brautleute vor der Ehe davon Kenntniß erhielten, — kann jener Einhaltsbefehl, der als eine provisorische Zurücknahme der früher ertheilten Heirathsbewilligung anzusehen ist, nach der ausdrücklichen Vorschrift vom §. 11 a. der Eheordnung die Ehe für sich allein nicht ungültig machen, sondern nur Strafe zur Folge haben. Nur hinsichtlich der außer Landes geschlossenen Ehen hat die in der Note *) (Seite 149 Spalte 1) angeführte Verordnung vom 4. März 1812 auf die Umgehung der Staatserlaubniß die Nichtigkeit gesetzt, hinsichtlich der im Inlande geschlossenen Ehen bleibt es aber bei der Bestimmung des §. 11 a. der Eheordnung. D. R.

IV.

Rechtsfall über Statthaftigkeit der Hauptintervention.

Im Jahr 1822 starb die ledige A. mit Hinterlassung eines unehelichen Kindes, welches der Mutter acht Tage später im Tod nachfolgte. Die Verlassenschaft der Mutter und des Kindes wurde mit allseitiger Zustimmung der Interessenten gleichzeitig in der Art vertheilt, daß die noch lebende Mutter der A. von deren Nachlaß ein Viertel und zwar größtentheils in Liegenschaften, eine vorhandene Schwester der A. ebenfalls ein Viertel und die auf das uneheliche Kind fallende Hälfte des Nachlasses der angebliche natürliche Vater des letztern, B., zugetheilt erhielt.

Nachdem in der Folge B. die Schwester der A. geheirathet, und damit drei Viertel des Nachlasses der A. erworben hatte, und nachdem die Mutter der A., an C. verheirathet, gestorben war, klagte dieser C. gegen die B'schen Eheleute auf Rektification der Theilung über den Nachlaß der A., weil ihm, resp. seiner verstorbenen Ehefrau, auf ihren Erbtheil ad ein Viertel fast nichts als Liegenschaften, und nicht vielmehr ein verhältnißmäßiger Theil an Liegenschaften und Fahrnissen zugetheilt worden wäre, in welchem Falle letztere in die eheliche Gemeinschaft gefallen, und sein (des Klägers) Antheil an dieser größer ausgefallen seyn würde.

In diesen, zwischen C. und B. über die Art der Zutheilung des der C'schen Ehefrau aus dem Nachlasse der A. gesetzlich anerfallenen Erbtheils verhandelten Rechtsstreit, mischte sich auf einmal der durch das Amt, als Administrativbehörde, unterrichtete Großh. Fiscus, behauptete, daß ihm der Nachlaß des unehelichen Kindes der A. mit Ausschluß des angeblichen Vaters B., und folglich die Hälfte des Nachlasses der A. ausschließlich gebühre, und verlangte als Hauptintervenient die Herausgabe jenes hälftigen Nachlasses von den B'schen Eheleuten, nebst den seit 1822 bezogenen oder zu beziehenden Zinsen.

Das Amt deferirte als Richterstelle diesem fiscalischen Begehren, und wies den ursprünglichen Kläger C. aus dem Streit aus, die zweite Instanz erklärte jedoch auf eingeführte Berufung des Hauptbeklagten die Intervention für unstatthaft und gieng dabei von folgenden Gründen aus:

Die sogenannte Hauptintervention bildet immerhin eine Abweichung von dem natürlichen Gang des Prozesses, und widerstreitet dem Grundsatz, daß die Verhandlung und Entscheidung eines, zwischen zwei Parteien schwebenden, Rechtsstreits dritten Personen so wenig Rechte geben, als nehmen kann. Die Statthaftigkeit, und noch mehr die Zweckmäßigkeit dieses Rechtsmittels (wegen möglicher Verwirrung des Prozesses) ist daher gemeinrechtlich keineswegs ausgemacht (Linde, Lehrbuch des Prozesses, zweite Ausgabe §. 111). Positiv ist nun zwar diese Intervention in unserer ältern und neuern Prozeßgesetzgebung anerkannt (Prozeßord. §. 100), allein die singuläre Natur derselben muß den Richter zur strikten Auslegung des desfallsigen Gesetzes bestimmen. Ein Dritter ist also nur alsdann berechtigt, sich als Hauptintervenient in einen fremden Rechtsstreit zu mischen, wenn er nicht nur ein selbstständiges, mit dem Hauptstreit in Verbindung stehendes Interesse hat, welches durch die Fortsetzung des Hauptstreites gefährdet wird, sondern auch dieses Interesse von der Art ist, daß das Recht eines oder beider der streitenden Theile dadurch gänzlich beseitigt wird. Wenn auch nur eines dieser wesentlichen Merkmale der Hauptintervention fehlt, muß nach der beschränkenden Auslegung des Gesetzes der Hauptstreit fortgesetzt, und der Intervenient zum besondern Verfahren verwiesen werden.

In unserm Falle hatte nun zwar der Großh. Fiscus in so fern ein selbstständiges Interesse, als er die Anerkennung des angeblichen natürlichen Vaters B. und somit dessen Erbrecht an dem Vermögen des unehelichen Kindes der A. anfocht, und als gesetzlicher Erbfolger dieses Kindes, gegenüber von beiden streitenden Hauptparteien, auftrat; allein dieses Interesse stand einmal mit dem Hauptstreit in keiner solchen Verbindung, daß aus der Fortsetzung des letztern

ohne Theilnahme des Fiscus diesem ein Nachtheil erwachsen **konnte, und fürs andere war das selbstständige** Interesse **des Fiscus**, oder der aufgestellte Anspruch desselben an den Nachlaß des unehelichen Kindes der A., gar nicht von der Art, um die in dem Rechtsstreite zwischen C. und B. erörterten Rechte im Mindesten zu berühren *). Dieser Streit drehte sich nämlich gar nicht um die Frage, ob C. oder B. Erbe des natürlichen Kindes, und wie dessen Nachlaß, resp. dessen Forderung an das Erbe seiner Mutter, zwischen C. und B. zu vertheilen sei, sondern lediglich über die Art der Zutheilung jenes Viertels des Nachlasses der A., welches der Ehefrau des C., als Mutter der A., unstreitig gebührte, ihr auch in der Theilung, aber hauptsächlich in Liegenschaften zugeschieden worden war, während C. verhältnißmäßigen Antheil an Liegenschaften und Fahrniß, und desfallsige Rectification der A'schen Erbtheilung verlangte. Auf die Forderung des natürlichen Kindes der A. an den Nachlaß der Letztern konnte und wollte C. keinen Anspruch erheben, obgleich er gelegentlich erwähnte, daß B. den Antheil des Kindes mit Unrecht besitze, weil er dasselbe nicht gültig anerkannt habe.

Der Anspruch des Großh. Fiscus hat somit einen, von der Klage des C. und dem darüber geführten Rechtsstreit gänzlich verschiedenen Gegenstand; er steht daher mit der Hauptsache in gar keiner Verbindung, und die Fortsetzung und Entscheidung der letztern kann dem Großh. Fiscus so wenig nachtheilig seyn, als derselbe berechtigt ist, den über den gesetzlichen Erbtheil der C'schen Ehefrau an dem Vermögen der A. obschwebenden Streit zu dem seinigen zu machen, während ihn dieser Streit, und die dabei erörterten Rechte des C., gegenüber von B., durchaus nichts angehen, und ganz unabhängig von dem Erbfolgerecht des Großh. Fiscus an dem Nachlasse des unehelichen Kindes der A. und folgeweise von der fiscalischen Forderung an das Vermögen der A. bestehen.

Noch ist zu bemerken, daß die Unstatthaftigkeitserklärung der Hauptintervention mit Aufhebung des unterrichterlichen Erkenntnisses ohne ausdrücklichen Antrag des Appellaten, welcher nur auf Abweisung des Intervenienten aus materiellen Gründen libellirte, von Amtswegen erfolgte, in Betracht, daß damit dem Appellaten im Resultat nicht mehr, sondern eher weniger, als begehrt, zuerkannt wurde, und daß die Beurtheilung über formelle Zuläßigkeit einer Klage, Intervention rc, als zur Prozeßleitung gehörig, auch ohne Antrag der Parteien dem Richter zustehen muß, sobald seine Competenz nur einmal überhaupt, wie hier durch Einführung der Appellation, begründet ist.

Haas.

---

*) Ich setze den Fall, der Kläger C. würde in dem Hauptstreit obsiegen und B. verurtheilt, seine drei Viertel zu einer, nach dem wirklichen Verhältniß der Fahrnisse zu den Liegenschaften zu fertigenden, neuen Theilung einzuwerfen, beziehungsweise seinen Mehrempfang an Fahrnissen gegen Annahme eines entsprechenden Theils von Liegenschaften wieder herauszugeben, — würde nun dieses Urtheil auch gegen den Fiscus wirken, oder könnte er die Festhaltung des dem unehelichen Kinde früher ausgemittelten Erbtheils, gegenüber dem C., nachträglich aufs Neue wieder verlangen, ohne sich die Rechtskraft des ergangenen Urtheils entgegen halten lassen zu müssen?

Nach L. R. S. 1351 würde man wohl das Letztere annehmen müssen, wenn der Fiscus zur Intervention nicht zugelassen, folglich in dem Streit über die Abänderung der Erbtheilung von jeder Theilnahme ausgeschlossen, in Beziehung auf diesen Streit und das darauf gefolgte Urtheil als ein Dritter anzusehen wäre.

Aber schon darin, daß der Fiscus, wenn er an dem für das uneheliche Kind früher ausgemittelten Erbtheil festhalten wollte, den Prozeß von Neuem auch mit C. anzufangen hätte, und daß die Aenderung der Theilung auf daß Urtheil hin einstweilen vollzogen würde, läge für den Fiscus ein Nachtheil. Nähme man dieß nicht an, so würde der Fall des §. 100, wornach dem Intervenienten aus dem Urtheil ein Nachtheil entstünde, gar nie eintreten, da der Intervenient, wenn er sich in den Streit nicht gemischt hätte, nach S. 1351 das Urtheil in seinen Wirkungen jedesmal wieder von Neuem angreifen konnte.

Also der einstweilige Vollzug des Urtheils, wodurch dem B. ein Theil desjenigen, was der Fiscus von ihm herausfordern will, inzwischen entzogen würde, wäre für den Fiscus ein aus dem Urtheil erwachsender Nachtheil, wornach er das Recht haben müßte, für seinen (vom unehelichen Kinde herrührenden) Antheil in den Prozeß über die Aenderung der Theilung, beziehungsweise über die Rückerstattung von Fahrnissen, einzustehen.

Man wende nicht ein, es könne dem Fiscus gleichgültig seyn, ob er seinen Antheil so oder anders, in Fahrnissen oder in Liegenschaften, bekomme, — warum war dieß denn dem B., in dessen Rechte der Fiscus theilweise eintreten wollte, nicht gleichgültig, und warum hat dieser B. sich in einen Prozeß eingelassen, um, gegenüber dem C., die frühere Theilung festzuhalten? Konnte er seinen Zuvielempfang an Fahrnissen dem zu erwartenden Ersatz durch Liegenschaften vorziehen, so kann der Fiscus hierin ebenfalls ein Interesse und in dem Tausche einen Nachtheil finden.

Der Fiscus mußte somit allerdings befugt seyn, nicht nur mit einer selbstständigen Klage gegen B. den Erbtheil des unehelichen Kindes herauszufordern, sondern dieses Begehren auch mit dem Prozesse des C. gegen B. zu verbinden, und zu verlangen, daß er statt des letztern für den vom unehelichen Kind herrührenden Antheil in den Prozeß gegen C. einstehen dürfe. Hat der Fiscus aber dieses letztere Begehren gar nicht gestellt, sondern, wie im Aufsatze gesagt ist, nur von B. den Antheil des unehelichen Kindes herausgefordert, so kann man von einer Intervention gar nicht reden, und das Begehren des Fiscus ist als eine den Prozeß des C. gegen B. gar nicht berührende selbstständige Klage zu behandeln. Man konnte daher in diesem Falle die Intervention weder zulassen noch verwerfen, da eine solche gar nicht vorhanden war.

D. R.

V.
Hofgericht am Mittelrhein.
Markungsrecht. Competenzconflict.

Zwischen der Gemeinde D. und der Gemeinde O., deren Gemarkungen an einander stoßen, erhob sich vor mehreren Jahren Streit über ihre Gemarkungsgrenze.

Die Gemeinde D. stützte ihre Ansprüche auf das Markungsrecht an einem der Gemeinde O. gehörigen Walde von 235 Morgen auf eine Abtheilungsurkunde vom Jahr 1785, sie wurde aber mit diesen Ansprüchen im Administrativwege abgewiesen, worauf sie bei dem Oberamt E. unterm 6. Juni 1831 mit einer gerichtlichen Klage auftrat.

Auf die Einwendung der Gemeinde O., daß die Sache sich nicht zur Entscheidung des Civilrichters eigne, erkannte das Oberamt:

„die Klage finde hier nicht Statt."

Dagegen ergriff die Gemeinde D. die Appellation an das Hofgericht am Mittelrhein, welches sofort am 17. Novbr. 1832 erkannte:

„daß die Klage bei dem Oberamte E. allerdings Statt finde."

Die Entscheidungsgründe lauten:

„Das Bann- oder Markungsrecht, welches nach §. 2 des zweiten Constitutionsedicts

Regierungsblatt pro 1807 Nr. 26 S. 126.

in der Befugniß besteht, unter oberherrlicher Aufsicht für die Arbeiten in dem Gebrauch der Liegenschaften diejenigen Regeln festzusetzen und aufrecht zu halten, welche für den ungestörten Gang der Gewerbsamkeit der Gemeindsglieder die verträglichsten sind, ist für sich betrachtet zwar eine Administrativsache und dem Privatrecht entzogen, weil es nicht nur Verhältnisse in sich begreift, an welche das Gesetz bestimmte Rechtswirkungen bloß zwischen einzelnen Rechtssubjecten knüpft, sondern hauptsächlich solche, die nach der politischen Organisation unserer Gemeinden und vermöge des Interesses, das der Staat des Gemeinwohls wegen an dem Gemeindewesen hat, eine Beziehung auf den Staat haben und weil es keineswegs im Wege privatrechtlicher Erwerbung, sondern im Ausspruch der öffentlichen Macht seine Entstehung hat, und es der Regierung frei steht, einzelne Parzellen einer Gemeinde von derselben zu trennen und einer andern einzuverleiben."

„Allein ausnahmsweise kann das fragliche Recht zur Justizsache werden, wenn es aus einem Vertrag hergeleitet wird. Für diese Ansicht spricht auch die Verordnung vom 9. Sept. 1815,

Regierungsblatt pro 1815 S. 100.

da nach ihr bei Streitigkeiten über die Schuldigkeit, Art und Größe des Beitrags zu Gemeindslasten u. dgl., die im Allgemeinen zur Cognition der Administrativbehörden gehören, die gerichtliche Competenz alsdann eintritt, wenn die An- oder Widersprüche auf privatrechtliche Verhältnisse, z. B. Verträge, Herkommen 2c. gegründet werden."

„Die Klage wird nun in dem vorliegenden Falle ausdrücklich auf den Abtheilungsvertrag vom 7. Sept. 1785 gegründet, der zwischen beiden Theilen abgeschlossen und für O. von der Markgräflich badischen Regierung, für D. aber von der Ortsherrschaft genehmigt wurde, und allein deshalb wird der Streitgegenstand zur Justizsache und die Entscheidung hierüber muß von den Gerichten gegeben werden."

Von dieser Entscheidung des Hofgerichts Rastadt machte der Anwalt der Gemeinde O. die Anzeige an das Ministerium des Innern und bat, daß dieses die Streitsache zur administrativen Competenz vindicire.

Das Ministerium des Innern ließ nun unterm 28. Juni 1833 durch die Kreisregierung folgende Erklärung an das Hofgericht abgeben:

„Ein Streit über die Gemarkungsgrenze ist öffentlichrechtlicher Natur, Gemeindsgemarkungen bilden an sich keine Eigenthumsgrenzen, sondern lediglich den Umfang eines politischen Verbands, innerhalb dessen die Gemeinde die Polizei auszuüben, Steuern zu erheben, Grund- und Pfandbücher zu führen hat u. dgl. — Ueber die Banngrenzen, als über die Eintheilung des Staatsgebiets in einzelne Gemeindsbezirke, können daher nur die politischen und nicht die richterlichen Behörden entscheiden."

„Ob es sich dabei um einen über die Grenze ehemals zu Stande gekommenen Vertrag handle oder nicht, macht keinen Unterschied. — Die Verordnung vom 9. Sept. 1815 kann auf Bannstreitigkeiten keine Anwendung finden. Nur wo der Gegenstand des Streits, wie z. B. eine Geldforderung, privatrechtlich ist, und bloß der Titel, auf welchen die Ansprüche gebaut werden, wie z. B. bei der Steuerpflicht, öffentlicher Natur ist, kann in Ausnahmsfällen, wenn der sonst öffentlich-rechtliche Titel durch einen Titel des Privatrechts, durch Verträge u. dgl. aufgehoben ist, eine richterliche Entscheidung Statt finden."

„Wo aber nicht nur der Rechtstitel, sondern der Gegenstand des Streites selbst, wie z. B. das hoheitliche Gemarkungsrecht, öffentlicher Natur ist, kann derselbe auch durch einen dem Privatrecht angehörigen Titel immerhin nicht in den Kreis des Privatrechts gezogen werden und der dem öffentlichen Recht angehörige Gegenstand kann, wenn gleich früher in privatrechtlichen Formen darüber verfügt wurde, nur zur Entscheidung der Verwaltungsbehörden sich eignen."

Aus diesen Gründen wurde das Hofgericht gebeten, entweder das Erkenntniß vom 17. Novbr. 1832 als incompetent erlassen wieder aufzuheben, oder die Acten dem Justizministerium einzusenden, damit die Entscheidung des Staatsministeriums über diesen Competenzconflict eingeholt werden könne.

Durch Beschluß vom 31. Octbr. 1833 beharrte das Hofgericht auf seiner richterlichen Competenz, worauf die Sache nach der Organisation von 1809 an das Staatsministerium gelangte, welches unterm 13. März 1834 aussprach:

„daß in Erwägung der in dem Erlasse des Ministeriums des Innern vom 28. Juni 1833 bezeichneten Gründe das streitige Markungsrecht nicht als Gegenstand des Privatrechts, sohin auch nicht der richterlichen Competenz zu betrachten, daher das hofgerichtliche Urtheil vom 17. Novbr. 1832 aufzuheben sei."

Bekk.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 26. Karlsruhe den 28. Juni 1834.

I.

Rechtsfall. Rechtliche Stellung des Gantanwalts. Geschlechtsbeistand und Sachwalter in einer Person.

Der Curator eines Blödsinnigen hatte über 1300 fl. Curatelgelder auf simple Handschriften an einen Baron L. ausgeliehen. Als der Schuldner starb, brach über seinen Nachlaß Gant aus.

Bei der Liquidation dieser Forderung erklärte der Gantanwalt (der daneben Forderungen gleicher Beschaffenheit strenge bestritt) sich über dieselbe in folgenden Ausdrücken:

„Ich erkenne die Unterschriften der Schuldscheine als von der Hand des Cridars herrührend an, weil aber die Urkunden so wenig von derselben Hand geschrieben, als mit dem Beisatze des L. R. S. 1326 „gut oder gutgeheißen ꝛc." versehen sind, kann ich sie an sich nicht als vollbeweisend betrachten."

„In Erwägung jedoch der besondern freundschaftlichen Verhältnisse, in welchen Liquidant mit dem verstorbenen Baron stand; in fernerer Erwägung des bekannten rechtlichen Characters des Liquidanten, — will ich die Schuldscheine als vollbeweisend annehmen, in so fern dieser Handgelübde über die Richtigkeit seiner Forderung abzulegen im Stande ist."

Als sich Liquidant in derselben Tagfahrt hiezu bereit erklärte, säumte das Amt keinen Augenblick, das Handgelübde abzunehmen und erkannte sofort im Ganturtheil den Anspruch des Curators liquid.

Eine Mitgläubigerin der Gant appellirte gegen dieses Liquiderkenntniß und das Hofgericht a. U. legte dem Curator, zu dem bereits geleisteten Handgelübde, den Notheid auf. Die hiegegen ergriffene Oberappellation war ohne Erfolg. Bei der letzteren kam nichts Erhebliches vor, als die Vollmacht des oberappellantischen Anwaltes. Derselbe war nämlich zugleich Geschlechtsbeistand besagter Gläubigerin gewesen, und hatte sich mit ihr, in jener Eigenschaft selbst eine Vollmacht zum Prozesse ausgestellt. Dem Oberhofgericht wollte aber nicht einleuchten, daß Jemand in einem Mandatsvertrag auf beiden Seiten zugleich, nämlich als Gewalthaber auf der einen und als Geschlechtsbeistand der Gewaltgeberin auf der anderen, figurire, und gab deßhalb die Vollmacht mit der Weisung zurück: bei der Schlußverhandlung eine solche vorzulegen, die von einem andern Beistande der Partei mit unterzeichnet sei. Statt dieß zu thun, stellte der Anwalt mit seiner Prinzipalin eine Vollmacht auf einen andern Advocaten aus, und ließ sich hinwiederum von diesem substituiren. Probatum est! Der Afteranwalt seiner selbst ward zugelassen.

Bemerkungen des Einsenders. Zuvörderst soll das Benehmen des Gantanwalts, alsdann das Verfahren des Amtes und endlich das Kunststück mit der oberappellantischen Vollmacht in Betracht gezogen werden.

a. Der Gantanwalt gelobt bei seiner Ernennung (neben den Pflichten des allgemeinen Advocateneids, Justizministerialrescript vom 17. März 1826 Nr. 881), nach Vorschrift des §. 829 der Prozeßord., sich über die Richtigkeit einer jeden im Gante vorkommenden Forderung nach bestem Wissen und Gewissen zu informiren und zu erklären. Es hat demnach jeder einzelne Gantgläubiger, gegenüber dem Gantanwalt, rechtlich dieselbe Stellung; denn dieser ist, gleich dem Richter, auf das Gesetz verpflichtet und hat, ohne alle Rücksicht auf persönliche Verhältnisse, sein Amt zu verwalten.

Geht er dessen ungeachtet bei Bestreitung erhoben werdender Ansprüche von verschiedenen Grundsätzen aus, und behandelt den A. strenger als den B., so mag er dieß mit seinem Gewissen abthun. So viel bleibt aber ausgemacht, daß jede Nachsicht gegen einen Gläubiger eine offenbare Rechtsverletzung der andern involvirt, und daß im vorliegenden Falle die Galanterie des Anwalts gegen den Curator leichtlich eine Verunglimpfung der übrigen Creditoren gleicher Lage enthalten dürfte. Oder liegt vielleicht nichts Kränkendes darin, im Besitze gleicher Beweismittel wie ein Anderer, hören zu müssen: „Der Andere ist ein ehrlicher Mann, darum wird seine Forderung anerkannt — die deinige aber in Ewigkeit bestritten?!"

Eine kleine Inconsequenz dürfte dem Gantanwalt auch nebenbei in seiner Artigkeit damit unterlaufen seyn, daß er, bei dem gerühmten Vertrauen auf die Redlichkeit des Curators, nicht unterlassen konnte, sich letztere noch besonders handgelübdlich versichern zu lassen. Wahrlich eine seltene Mischung von Argwohn und Vertrauen! Oder geschah dieß vielleicht nur, um dem Gesetz Genüge zu thun? Dann hätte §. 616 der Prozeßordnung nicht außer Acht bleiben und nicht der Eid in Gnaden erlassen werden dürfen, weil anderns falls nur eine halbe Maßregel getroffen ist.

b. Das Amt machte bei der Liquidation kurzen Prozeß, und hatte hiezu in den §§. 673 und 674 der Prozeßordnung, wornach Gantsachen summarischer Natur sind, seinen guten Grund; doch hatte selbst das Summarissimum des alten Prozesses seine Schranken und erlaubte z. B. nicht, daß ein Eid im Augenblick der Zuschiebung, ohne Beschluß und Urtheil, spornstreichs abgenommen wurde. Unsere Prozeßordnung fordert aber insbesondere noch in §. 597 und 598, daß durch Urtheil auf Eid erkannt und alsdann erst abgewartet werde, bis dasselbe die Rechtskraft beschritten hat, bevor die Eidesleistung von Statten gehe *). In Gantprozessen enthält obendrein §. 868 der Prozeßordnung in dem Recht der Einsprache jedes Gläubigers gegen den Anspruch des Anderen einen starken Fingerzeig zum Innehalten nach der Eidesdelation; indem sonst den Gläubigern immer eine Instanz für ihre Einwendungen verloren geht.

c. Was die Manipulation des oberappellantischen Anwalts mit seiner Vollmacht betrifft, so könnte man sagen, sie beruhe auf der nämlichen Idee, welcher der Herr von Münchhausen seine Rettung aus dem Sumpfe verdankt; und der College des Anwalts stelle dabei den Zopf vor, an welchem dieser sich aus der Affaire zieht.

Das Exempel scheint ziemlich einfach: Wer die Fähigkeit, in einem Prozesse als Anwalt aufzutreten, nicht selbst besitzt, erlangt sie unmöglich dadurch, daß er einen Dritten beauftragt, sie ihm zu verleihen. Bedenkt man nämlich, der Gewalthaber repräsentirt lediglich die Person des Gewaltgebers innerhalb der Grenzen des Vertrags, und ebenso der Aftergewalthaber (d. h. er übt keine Rechte der eigenen Person, sondern lediglich vom Gewaltgeber abgeleitet, aus), so ist klar, daß der Gewalthaber auch nicht mehr Rechte als Jener haben und geben kann. Nimmt man nun im vorliegenden Falle an, daß der Gewaltgeber (resp. der Beistand der Gewaltgeberin) das Recht, im Prozesse selbst Anwalt zu seyn, nicht hatte, folglich dasselbe so wenig auf seinen Stellvertreter übertragen, als sich rückwärts von diesem verleihen lassen konnte; so gelangte der Anwalt durch den Umweg, oder Zirkel, der Bevollmächtigung eines Dritten und Rückbevollmächtigung seiner selbst offenbar um kein haarbreit weiter. F. T.

*) Sehr wahr und doch in der Praxis so oft übersehen! — Ueberdieß konnte hier von einer Eideszuschiebung von Seiten des Gantanwalts an den Liquidanten nach §. 571 und 573 der Prozeßordnung keine Rede seyn, da es sich um den Beweis des Klaggrunds handelte, die Beweislast also nicht dem Gantanwalt, sondern dem Liquidanten oblag, und zum bloßen Gegenbeweis über dieselbe Thatsache nach §. 573 eine Eideszuschiebung nicht statthaft war.

Nur auf den Nothеid, nicht aber auf einen Haupteid konnte also erkannt werden. D. R.

II.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall. Angefochtene Gültigkeit eines eine allgemeine Gütergemeinschaft festsetzenden Ehevertrags, wegen behaupteten Mangels der Verbeibeständung der Ehefrau bei dessen Errichtung.

Der ledige Johann H. von M. verlobte sich im Jahr 1804 mit der ledigen Barbara A., und in einer cohärenten Urkunde wurde zwischen den Eltern des Hochzeiters, und diesem ihrem Sohn und seiner Braut eine sogenannte Kaufsübergabe und Ehesteuerberedung, sodann zwischen beiden Brautleuten ein Heirathsvertrag gleichzeitig errichtet. Vermöge der erstern verkauften die Eltern des Bräutigams an ihren Sohn und seine Braut die Hälfte ihres Hofguts um 3600 fl., woran er die Hälfte als Heirathsgut abzurechnen, die andere Hälfte aber zu zahlen hatte, wozu der Vater der Braut andererseits ihr 1000 fl. als Ehesteuer mitzugeben versprach. Im Conterte dieses Vertrags kommt vor, daß die Braut mit ihrem Vater verbeibeständet sei, der dann auch die Urkunde unterschrieb. Nun folgt auf dem nämlichen Bogen mit den Uebergangsworten: „Nach Uebereinkunft und Berichtigung beider Parteien vorbeschriebener Uebergabe wollen Sie eine Eheabrede festsetzen.“ — Der Heirathsvertrag, in welchem eine allgemeine Gütergemeinschaft über das einbringende und erwerbende Vermögen zwischen den Eheleuten sich bedungen findet, welcher Act dann wieder unter der Unterschrift der Braut von ihrem Vater, sodann gegenüber unter der Aufschrift „Zeugen“ von fünf weiter zugezogenen Zeugen, wie das damalige baden-durlachische, an diesem Ort gegoltene Recht es erheischte, unterzeichnet wurde. Am Schlusse dieser, beide Acte cohärent enthaltende, Urkunde folgt dann die gewöhnliche Ausfertigungsformel mit der Bemerkung, daß das Original in der Amtsregistratur sich aufbewahrt und im Contractenprotocoll von M. eingetragen finde, sodann das Amtssiegel und die

Unterschrift des Beamten. Im Jahr 1807 übergaben die Eltern des Ehemanns ihm und dessen Ehefrau die andere Gutshälfte käuflich um 1800 fl., jedem Käufer, wie der Vertrag lautet, zur Hälfte. Im Jahr 1833 fiel Johann H. in Gant, bei welcher dessen Ehefrau, unter Entschlagung von der Gemeinschaft, die Hälfte der mit dem 1. Jaanuar 1812 vorhanden gewesenen Liegenschaften, die mit den in der Masse wirklich befindlichen die nämlichen seien, in Anspruch nahm, und diesen auf die Behauptung zu gründen suchte, daß sie nach dem wörtlichen Inhalte der Kaufsübergabe von 1804 sowohl, als jener von 1807 als Mitkäuferin erscheine, wornach ihr das Eigenthum dieser erkauften Liegenschaften zur Hälfte gebühre, und zwar auch in Bezug der während der Ehe erworbenen Liegenschaft, weil, obgleich ihr nach dem damaligen Gesetz am errungenen Gut nur ein Drittel zukomme, die ausdrückliche Bestimmung als Mitkäuferin in der Kaufsübergabe ein anderes Verhältniß festsetze, daß aber ferner ihrem Anspruch die im Ehevertrag festgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft nicht entgegenstehe, da derselbe als ungültig und nichtig betrachtet werden müsse, indem sie, die Braut, bei dessen Errichtung mit keinem verpflichteten Beistand versehen gewesen, welchen sie aber nach §. 26 der Beistandsordnung zur Gültigkeit des Actes nothwendig bedurft hätte, und daß nach Maßgabe des §. 18 derselben auch ihr Vater, wenn er als ihr Beistand wirken wolle, verpflichtet werden müsse. Dieß lasse sich aber aus der vorgehenden Kaufsübergabe, obschon er dort als ihr Beistand aufgeführt sei, nicht entnehmen, und es lasse sich nicht einmal schließen, daß er auch, wie beim Kauf, bei dem Heirathsvertrag als ihr Beistand gehandelt habe, denn in demselben werde dieß nicht erwähnt, und der Heirathscontract bilde einen besondern zum Theil von andern Zeugen als der Kauf unterfertigten Act, der mit dem Kauf in keiner weitern Verbindung stehe, als daß die Heirath eine natürliche Folge der Kaufsübergabe gewesen, ohne daß aber beides einen Act und eine Urkunde bildete, weßhalb jede ihrer eigenen Förmlichkeit unterliege, und kein Mangel daran bei einer Urkunde sich durch die volle Förmlichkeit der andern ergänzen lasse. Auch sei die Urkunde ungültig, da solche nur als Privaturkunde erscheine, und nicht nach der damals schon bestandenen Notariatsordnung gefertigt sei. Weil nun rechtsgültig kein Ehevertrag existire, sie durch Kauf Eigenthümerin der Hälfte der Liegenschaften geworden, und diese in die im Jahr 1812 in Ermangelung eines Ehevertrags eingetretene neue gesetzliche Gütergemeinschaft nicht gefallen seien, stehe ihr unstreitig das Recht deren Zurücknahme zu. Die Gläubiger setzten diesem Vorbringen entgegen: Der Heirathsvertrag sei in seiner Förmlichkeit ganz nach dem damals bestandenen Rechte, dem Landrecht der Markgrafschaft Baden, aufgenommen und gefertigt, und die Vorschriften des Titels 24 §. 3 derselben genau befolgt. Die Notariatsordnung existire erst seit dem 3. Novbr. 1806, und habe die Eheverträge nicht zum Gegenstand, außer bei Kanzleisässigen. Einen besondern Beistand habe die Braut nach §. 1 der kurz vorher promulgirten Beistandsordnung nicht nöthig gehabt, sondern nur die Zustimmung der Eltern. Zudem aber führe die Kaufsübergabe den Vater als Beistand auf, und da der Heirathsvertrag in continenti, und in einer cohärenten Urkunde errichtet worden, beziehe sich natürlich diese Eigenschaft auch auf letztern Vertrag, und als Vater habe er nie einer eigenen Verpflichtung bedurft, welche aber, da die Vermuthung für die Legalität eines öffentlichen Acts streite, zu präsumiren wäre, falls solche erforderlich gewesen seyn würde. Die Nichtigkeitsklage fände sich auch noch durch die Einrede des Vollzugs und der Verjährung elidirt, und der Anspruch auf die Liegenschaften zum Miteigenthum nicht begründet, da solche als von dem Manne theils in die Ehe eingebracht, theils als errungen anzusehen seien, die im rechtsbeständigen Ehevertrag aber constituirte allgemeine Gütergemeinschaft, nachdem die Schulden das Vermögen übersteigen, den Anspruch der Ehefrau unzuläßig mache. — Das Amt wies dieselbe damit auch durch Bescheid von der Masse gänzlich ab, welcher auf die darauf ergriffene Berufung und gepflogene Appellationsverhandlung in zweiter Instanz bestätigt wurde, und zwar: In Erwägung, daß zur Zeit der eingegangenen Ehe das baden-durlachische Landrecht gegolten, und die Form des vorliegenden Ehevertrags ganz nach diesem zu beurtheilen kommt, daß die durch solches bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten darin bestehen, daß fünf Verwandte oder sonst ehrbare Personen als Zeugen gegenwärtig gewesen, dann der Vertrag in jedes Orts-, Amts- oder Gerichtsbuch eingeschrieben, darüber ein Heirathsbrief aufgerichtet, und von den Contrahenten, oder dem Beamten besiegelt worden sei, daß aber jede dieser drei Förmlichkeiten sich bei dem vorliegenden Ehevertrag gehörig beobachtet findet, daß ferner derselbe obrigkeitlich, und ganz nach der damaligen Gerichtsform ausgefertigt wurde, diese Ausfertigung demnach als eine öffentliche, in ihrer Form völlig rechtsgültige Urkunde betrachtet werden muß; in weiterer Erwägung, daß der Einwand der mangelnden Verbeiständung der Hochzeiterin bei Schließung des Ehevertrags, und die daraus gefolgerte Nichtigkeit desselben ungegründet ist, weil nach der damals durch das Regierungsblatt von 1804 Nr. 9 verkündet gewesenen und gegoltenen Beistandsordnung von 1789 §. 1 ledige, noch im elterlichen Hause befindliche Weibspersonen keines besondern Geschlechtsbeistands bei Rechtsgeschäften, sondern nur der Einwilligung der Eltern hiezu bedurften, und nur andern Weibspersonen nach §. 12 derselben ein ständiger und zu verpflichtender Beistand beizugeben war, der Vater der Braut aber zur

Bekräftigung seiner Zustimmung den Ehevertrag unterzeichnet hatte, derselbe sogar als ein von der Obrigkeit anerkannter Beistand seiner Tochter anzusehen kommt, da er in der cohärenten, und mit dem Ehevertrag ein Ganzes ausmachenden Uebergabs- und Kaufsurkunde ausdrücklich als Beistand der Tochter aufgeführt ist; die als Beistände ihrer Töchter handelnden Väter aber keiner eigenen Verpflichtung hiezu, wie andere Beistände unterlagen, und spätere deßfalls ergangene Vorschriften keine Aenderung finden könnten; in Erwägung sodann, daß, wenn auch diese Verbeibeständung — wie nicht — mangelhaft wäre, Appellantin für das eine diese nicht hinsichtlich des Kaufs gelten lassen, in Bezug des Ehevertrags aber verwerfen konnte, da beide Urkunden continent und unzertrennlich sind, für das andere aber der Mangel durch die Einrede des Vollzugs elidirt sich fände, indem Appellantin im Jahr 1812 von der ihr bis dahin zugestandenen Befugniß der Aenderung des Ehevertrags keinen Gebrauch gemacht, hiedurch aber den früheren bekräftigt, und auch in civilrechtlicher Beziehung so vollzogen hat, daß sie von solchem nicht mehr abgehen darf; — in Erwägung endlich, daß der rechtsgültige Ehevertrag eine allgemeine Gütergemeinschaft constituirt, die Ehefrau demnach sämmtliche Schulden als in die Gemeinschaft fallend mit übernehmen muß, und vor deren Bezahlung nichts in die Gemeinschaft Eingebrachtes aus der Masse zurücknehmen kann, ihr Anspruch auf die Hälfte der Liegenschaft als eheweibliches Gut aber grundlos ist, weil der Kauf von 1804 als eine Kaufsübergabe der Eltern ihres Bräutigams an diesen, ihrer Mitbenennung unerachtet, sie nicht zur Mitkäuferin im eigentlichen rechtlichen Sinne macht, indem ihr Vater hierbei nur eine Ehesteuer versprach, nicht aber einen Kaufschilling zu zahlen übernahm, und die durch den Kauf von 1807 erworbene andere Gutshälfte doch nur als errungenes Gut anzusehen kommt, obwohl die Ehefrau als Mitkäuferin bezeichnet ist, daher der Anspruch derselben in jeder Hinsicht in sich zerfallen muß.

Merk.

III.

Criminalfall.

In Untersuchungssachen gegen Wip. und Weinz., wegen Wilderei.

Die zwei Inculpaten wilderten und als ihnen der von ihnen nicht erkannte Bannwarth begegnete, rief ihn einer derselben, damit sie nicht erkannt werden, in einer Entfernung von noch 30 — 40 Schritten an, er soll sich fortmachen, oder er werde niedergeschossen. Dabei schlug er die geladene Flinte dreimal auf den Bannwarth an, um ihn dadurch zu vertreiben, der Letztere erwiderte aber, er werde mehr Recht im Walde haben, als die beiden Inculpaten, denn er sei der Bannwarth.

Dabei blieb es ohne weitern Streit, der Bannwarth gieng alsdann seitwärts und die Inculpaten machten sich nach Haus, wo sie alsbald arretirt wurden und sich gutwillig ergaben.

Es handelte sich also um eine, bewaffnet und in Gesellschaft verübte Wilderei, welche nach dem §. 91 a. des Strafedicts im Falle einer Widersetzlichkeit mit acht Jahren Zuchthaus, ohne diese Widersetzlichkeit, je nachdem sich die Wilderer gutwillig ergeben oder zu entfliehen suchen, nach dem nämlichen §. 91 lit. b. und c. mit zwei oder vier Jahren zu bestrafen ist.

Es wurde nun auf die geringste für den Fall des gutwilligen Ergebens bestimmte zweijährige Zuchthausstrafe erkannt:

1) Eine Widersetzlichkeit wurde, obgleich der eine der Inculpaten den Bannwarth durch Drohung mit Schießen vertreiben wollte, darum nicht angenommen, weil der Bannwarth sie nicht anhalten wollte, wenigstens deßfalls nichts zu ihnen sagte, die Widersetzlichkeit aber nach dem §. 91 eine versuchte Habhaftmachung voraussetze, und die Drohung, durch welche der Bannwarth vom Versuch einer Arretirung abgehalten werden mochte, schon bevor sie wußten, daß er der Bannwarth sei, geschah.

Nahm man nun an, es sei im Walde keine versuchte Habhaftmachung von Seiten des Bannwarths vorhanden gewesen, so mußte auch

2) die weitere Frage, ob die Inculpaten sich gutwillig ergeben oder zu entfliehen gesucht haben? — nach dem §. 86 a. der Erläuterungen vom Jahre 1812 nur nach ihrem Verhalten bei der spätern in ihrer Wohnung erfolgten Arretirung beurtheilt werden, und da sie sich dort gutwillig ergaben, so wurde nur eine zweijährige Zuchthausstrafe gegen sie ausgesprochen.

Y.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 5. Juli 1834.

I.

Ist zum Striche eines eingetragenen Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes die Vorlage der darüber ausgestellten Urkunde erforderlich?

Diese Frage wird von vielen Geschäftsmännern im Badischen bejaht, und betrachtet namentlich auch eine Großh. badische Gerichtsstelle die Vorlage der bezeichneten Urkunde zu dem angegebenen Zwecke als wesentlich nothwendig, denn eine solche hat in einem Kreisanzeigeblatt vom Mai l. J. eine Vorladung an den unbekannten Inhaber eines Auszugs aus dem Pfandbuche über eine, auf der Mühle des M. B. ruhende Pfandlast unter dem Rechtsnachtheil der Amortisirung dieses Pfandbuchsauszuges erlassen, und darin gesagt, daß ohne die Vorzeigung dieses Auszuges der Strich im Pfandbuche nicht bewirkt werden könne.

Allein die gegentheilige Ansicht möchte wohl die richtigere seyn, wenn man erwägt,

1) daß die bezüglichen L. R. S. 2157 und 2158 nur verlangen, daß die öffentliche Beurkundung der Einwilligung in den Strich des Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes oder das, denselben anordnende Urtheil bei der Pfandschreiberei hinterlegt werde;

2) daß die Pfandschreibereiinstruction von 1822 im §. 26 mit keiner Sylbe die Vorlage einer weitern Urkunde außer denen unter 1) erwähnten vorschreibt, und

3) keine neuere Verordnung eine andere Bestimmung hierüber enthält.

4) Berücksichtigt man endlich noch, daß ein Auszug über den Eintrag eines Vorzugs- oder Unterpfandsrechtes in dem Pfandbuche nirgends als eine zur Wirksamkeit dieses Rechtes wesentlich nothwendige Urkunde angenommen wird (mit Ausnahme der förmlichen Obligation beim bedungenen Unterpfand), so wird die Verneinung der aufgeworfenen Frage wohl rechtlich begründet seyn.

Dagegen läßt es sich nicht mißkennen, daß es zweckmäßig wäre, wenn eine gegentheilige gesetzliche Bestimmung gegeben würde, weil bei einer Cession der Rechtsnehmer zur Wahrung seiner Rechte nach L. R. S. 1690 und 1692 nichts zu thun hat, als dem Schuldner den Rechtsübergang bekannt zu machen, dieses aber den Gläubiger vor Gefahr nicht schützt, wenn der ehemalige Gläubiger und der Schuldner sich miteinander verständigen, und dieser nach feierlicher Einwilligung des Ersteren in den Strich vor dem Amtsrevisorat das cedirte Vorzugs- oder Unterpfandsrecht streichen läßt, und sodann auf eine neue tadellose Obligation auf dieselben Pfandstücke anderwärts Geld aufnimmt.

Aus demselben Grunde hat auch wohl das Großh. Justizministerium in einem Erlasse vom 28. Januar l. J. Nr. 553 die Amtsrevisorate angewiesen, keine Erneuerung einer angeblich verlorenen Pfandurkunde vorzunehmen, wenn sie nicht zuvor gerichtlich für amortisirt erklärt, oder nachgewiesen ist, daß keine Cession in dem Pfandbuch eingetragen worden ist.

Ob die letztere Nachweisung die beabsichtigte Rechtssicherheit gewährt, dürfte nach Obigem zu bezweifeln seyn.

Eine Bemerkung darüber, ob der, in der erwähnten amtlichen Aufforderung angedrohte Rechtsnachtheil dem §. 780 der Prozeßordnung entspricht, oder die im §. 847 unter 4) enthaltene Bestimmung hier anwendbar sei? unterbleibt, als zu unserer Frage nicht gehörig.

Diese, unsere Frage betrifft aber einen Fall, der so häufig vorkommt, und von so großem practischem Interesse ist, daß jeder Rechtsfreund mit dem Schreiber dieser Zeilen es dankbar erkennen wird, wenn Sachverständige demselben ihre Aufmerksamkeit schenken, und ihre Ansichten hierüber in diesem Blatte aussprechen wollten, wodurch Wahrheit und Recht nur gewinnen können.

St.

Anmerkung der Redaction. Was zuerst

1) die Frage betrifft, ob zum Behufe der Ausstreichung eines Pfandeintrags außer der öffentlichen beurkundeten Einwilligung des Gläubigers auch noch die Rückgabe der Pfandverschreibung erforderlich sei? — so wird diese Frage ohne allen Zweifel zu verneinen seyn, es wäre denn, daß eine solche Bestimmung durch eine Art von Mortifications-

klausel ausdrücklich zum Vertragsgeding gemacht worden wäre.

Der einzige, aber endscheidendste Grund, daß in andern Fällen die Vorlage der Pfandverschreibung zum Behufe der Ausstreichung des Eintrags nicht nöthig sei, besteht darin, daß kein Gesetz eine solche Vorlage fordert, und daß im Gegentheil der L. R. S. 2157 in der bloßen Bewilligung des Gläubigers einen hinreichenden Rechtsgrund für die Ausstreichung des Eintrags erkennt.

Wendet man ein, daß der Gläubiger eben durch die Vorlage der Pfandverschreibung sich darüber, daß er wirklich der Gläubiger sei, legitimiren müsse, — so erwidere ich, daß auch dieß durch kein Gesetz gefordert wird, daß die Pfandverschreibung kein Zettel auf Inhaber ist, und daß es ihrer als Beweisurkunde überhaupt nur alsdann und in so weit bedarf, als eine Beweisführung nöthig, so weit also eine erhebliche Thatsache nicht sonst schon gewiß ist. Der Umstand aber, daß Derjenige, welcher die Ausstreichung bewilligt, auch wirklich der Gläubiger sei, muß schon aus dem Pfandeintrag selbst hervorgehen, daher bedarf es in dieser Beziehung nicht erst noch der Pfandurkunde.

Sagt man, der im Pfandbuch eingetragene ursprüngliche Gläubiger könne seine Rechte inzwischen auch an einen Andern abgetreten haben, so ist zu bedenken, einmal daß es an der bloßen Möglichkeit einer erfolgten Abtretung nicht genügen könnte, um Denjenigen, der sich nach dem Pfandbuch als den Gläubiger darstellt, seiner Dispositionsbefugniß verlustig zu halten, und sodann, daß überdieß in Beziehung auf Pfandrechte wegen des vom Gesetze angenommenen Grundsatzes der Publicität auch der wirkliche Cessionar mit Wirkung gegen Dritte, also namentlich hinsichtlich der Bewilligung einer Ausstreichung und der Befreiung eines Guts von der gegen Dritte sich wirksam zeigenden Pfandlast, nur dann als der Gläubiger angesehen werden dürfe, wenn er im Pfandbuch als solcher erscheint, wenn er also die Cession auch in das Pfandbuch eintragen ließ.

Hat der Cessionar nur eine einfache Schuldforderung erworben, so hat er seinen Erwerb dem Schuldner bekannt zu machen, indem, bis dieß geschieht, der Schuldner rechtsgültig noch an den Cedenten bezahlen oder mit demselben wettschlagen kann, wenn ihm gleich dieser dabei die abgetretene Schuldurkunde nicht auszuhändigen im Stande ist. Satz 1691 und 1295.

Nach Analogie dieser Bestimmung muß daher da, wo es sich nicht bloß um eine persönliche Forderung an den Schuldner, sondern zugleich um ein gegen betheiligte Dritte (nämlich gegen andere Gläubiger oder spätere Erwerber) wirksames Pfandrecht handelt, der Cessionar seinen Rechtserwerb nicht nur persönlich dem Schuldner, sondern auch auf dem zur Publicität für die betheiligten Dritten vorgeschriebenen Wege, nämlich durch Eintragung in das Unterpfandsbuch, bekannt machen.

Es folgt dieß aber noch bestimmter aus dem L. R. S. 2148 Nr. 1, nach welchem der Name des Gläubigers in das Pfandbuch eingetragen werden muß. Es ist, wenn dieß hinsichtlich des Cessionars nicht geschieht, deßhalb zwar die Cession nicht ungültig, aber es geht ihr diejenige Wirksamkeit ab, welche durch die Eintragung überhaupt bedingt ist, nämlich die Wirksamkeit gegen betheiligte Dritte, und gegen diese gilt der eingetragene Gläubiger so lang als der wahre Gläubiger, bis ein Anderer als solcher in das Pfandbuch eingetragen ist.

Siehe Zachariä, franz. Civilrecht dritte Aufl. §. 278 Note 9, — und Bekk, über die dingl. Rechte an Liegenschaften S. 151.

Entweder, kann man sagen, will der Cessionar nur im Namen des Cedenten dessen Rechte geltend machen, oder er macht sie als seine eigenen Rechte in eigenem Namen geltend. Im erstern Falle bedarf es keines Eintrags der Cession, denn der ursprüngliche Gläubiger, dessen Rechte geltend gemacht werden sollen, ist schon eingetragen, dem L. R. S. 2148 Nr. 1 also schon Genüge geschehen; der Cessionar muß sich aber in diesem Falle auch alle Einreden, welche dem Cedenten entgegen stehen, namentlich also, daß dieser die Ausstreichung noch selbst bewilligt habe, gefallen lassen, eben weil er ja nur im Namen des Cedenten auftritt. Im andern Falle aber, wo der Cessionar nicht nur die Rechte des Cedenten mit allen, diesem selbst entgegenstehenden, Beschränkungen geltend machen, sondern in eigenem Namen, selbst als Pfandgläubiger, auftreten will, ist nach S. 2148 Nr. 1 nöthig, daß auch sein Name in das Pfandbuch eingetragen werde.

Nach allem diesem ist also zur Ausstreichungsbewilligung von Seiten Desjenigen, der nach dem Pfandbuch als der Gläubiger erscheint, eine Vorlage der Pfandurkunde nicht nöthig, vielmehr ist es im Falle eingetretener Cessionen die Sache des Cessionars, wenn er sich gegen unrichtige Ausstreichungsbewilligungen sichern will, und wenn eine nach S. 2159 etwa auf Ausstreichung gerichtete Klage ihm eingehändigt werden soll, seinen Rechtserwerb ebenfalls in das Pfandbuch eintragen zu lassen.

Fragen wir nun noch,

2) ob und mit welcher Wirkung die Amortisirung von Pfandurkunden in Folge öffentlicher Aufforderungen überhaupt Statt finde? — so ist vorerst durch den §. 780 der Prozeßordnung jetzt außer Zweifel gesetzt, daß die Amortisirung der Pfandverschreibung als Schuldurkunde unzulässig sei, und daß der Gläubiger seiner persönlichen Ansprüche gegen den Schuldner durch die Aufforderung (die Fälle der §§. 762, 763 und 781 ausgenommen) nie verlustig

werden könne, es sich also bei der Aufforderung etwaiger Pfandgläubiger nur um den Fortbestand oder die Aufhebung des Pfandrechts, nicht aber um den Bestand der Schuld selbst, handeln könne.

Ist, was das Pfandrecht betrifft, einer der im L. R. S. 2180 genannten Erlöschungsgründe desselben vorhanden, oder geschah die Eintragung selbst unrechtmäßig, so kann der Pfandschuldner nach S. 2159 und 2160 mittelst einer gegen den Gläubiger zu richtenden gerichtlichen Klage die Ausstreichung des Eintrags verlangen. Kann dem im Pfandbuch eingetragenen Gläubiger die Klage nicht eingehändigt werden und befindet sich derselbe in einem der im §. 272 und 273 der Prozeßordnung genannten Fälle, so wird er öffentlich vorgeladen; es ist dieß aber kein eigentliches Aufforderungsverfahren, sondern eine gemeine Klage mit öffentlicher Vorladung des Beklagten, statt Einhändigung der Klage an denselben.

Nur hinsichtlich der nicht eingetragenen, und gesetzlich ohne Eintragung wirksamen, Pfandrechte, bei welchen, eben weil sie nicht eingetragen sind, auch eine Klage auf Ausstreichung nicht denkbar ist, findet nach den §§. 773 und 775 der Prozeßordnung ein eigentliches Aufforderungsverfahren, nämlich eine öffentliche Vorladung unbekannter Pfandgläubiger Statt, wenn der Schuldner sein Gut veräußern oder anderwärts verpfänden will, also „ein gegenwärtiges rechtliches Interesse hat, gegen dergleichen Ansprüche Sicherheit zu erhalten." Eine solche Vorladung könnte also namentlich hinsichtlich der etwaigen pfandrechtlichen Ansprüche von unbekannten Erben oder sonstigen Rechtsfolgern einer Ehefrau oder eines Mündels geschehen.

Hiernach ist eine eigentliche Amortisirung von Pfandurkunden weder nothwendig, noch in der gewöhnlichen Form auch nur zuläßig, und das Verfahren kann nur gegen das Pfandrecht selbst oder bei eingetragenen Unterpfändern auf die Ausstreichung des Eintrags gerichtet werden. Das Erstere geschieht mittelst einer Edictalladung, gemäß den §§. 773, 775 und 778 der Prozeßordnung, und das Letztere mittelst einer Klage, welche dem eingetragenen Pfandgläubiger auf die gewöhnliche Weise eingehändigt oder in den geeigneten Fällen (§. 272 und 273) durch eine öffentliche Vorladung bekannt gemacht wird.

Bekk.

II.

Amt N. N. Hofgericht am Unterrhein. Oberhofgericht.

Der Geschäftsverwalter einer Fabrik hatte gegen einen vermeinten Schuldner bei dem Amte N. einen Arrest nachsuchen lassen und damit zugleich die Forderung in der Hauptsache verbunden.

Das Amt erließ darauf folgendes Decret:

1) „Deferatur dem impetrirten Arrest auf Gefahr und Kosten des Impetranten."
2) „Nachricht dem Beklagten."
3) „Duplum der Klage dem Beklagten mit der Auflage, die Kläger binnen vier Wochen zu befriedigen, oder seine allenfallsigen Einreden gegen die Klage sowohl, als den impetrirten Arrest in gleicher Frist, bei Vermeidung deren Verlustes und Anerkennung der Klage als der Rechtmäßigkeit des impetrirten Arrestes, vorzubringen."

„Zugleich hat derselbe einen inländischen Gewalthaber zu ernennen, ansonst derselbe auf seine Gefahr und Kosten ernannt wird."

Der Beklagte setzte der Klage in der Hauptsache mehrere Einreden entgegen, gegen das Arrestgesuch wendete er das Folgende ein:

1) Incompetenz des Gerichts,
2) die schon geschehene Aburtheilung der Sache,
3) Mangel der Vollmacht des arrestfordernden Anwalts,
4) Mangel der Bescheinigung der Forderung, für welche der Arrest gefordert wurde,
5) Verletzung der Form, indem keine Tagfahrt zur Justification anberaumt worden sei.

Das Amt erließ hierauf folgenden Zwischenbescheid:

1) „Duplum dem klägerischen Sachwalter einstweilen zur Nachricht."
2) „Hat derselbe binnen vierzehn Tagen Vollmacht von den Prinzipalen der klagenden Fabrikgesellschaft N. N. zu seiner unter dem 6. v. M. eingereichten Klage beizubringen, ansonst der impetrirte Arrest wieder aufgehoben, und er mit seiner Klage an den competenten Richter verwiesen wird."

Dagegen appellirte der Beklagte, indem er behauptete, es sei hier nicht allein die Form verletzt und dadurch sein Recht gekränkt, nach welchem er habe fordern dürfen, daß der Arrest auf die von ihm vorgetragenen Einreden ohne Zwischenbescheid sogleich hätte wieder aufgehoben werden sollen, sondern es müsse auch der amtliche Bescheid als ein Erkenntniß angesehen werden, welches den Arrest für den Fall als fortbestehend erkläre, wenn die Vollmacht beigebracht werden würde. Mit dieser Appellation verband der Beklagte das Rechtsmittel der Beschwerdeführung.

Das Hofgericht erließ darauf sogleich und ohne den Appellanten zur Begründung seiner Appellation zuzulassen, folgenden Beschluß:

„In Erwägung, daß das Amt N. den von den Impe-

tranten nachgesuchten Arrest bloß verfügt, jedoch noch zur Zeit über dessen Justification kein Erkenntniß erlassen hat;"

„In Erwägung, daß gegen richterliche Verfügungen, wodurch ein Arrest erkannt wird, ausgenommen in den Fällen des §. 391 der Prozeßordnung, von welchen jedoch keiner hier vorliegt, ein Rechtsmittel nicht zuläßig ist;"

„Aus diesen Gründen wird die von dem Impetranten gegen den Beschluß des Amts N. dahier eingeführte Berufung für unstatthaft erklärt."

„Hievon Nachricht dem Amte N. unter Rückanschluß seiner Acten, welchem übrigens die gänzliche Außerachtlassung aller gesetzlich vorgeschriebenen Formen des Verfahrens in dieser Sache ernstlich verwiesen und aufgegeben wird, diese Arrestklage nach Vorschrift des 32. Titels der Prozeßordnung zu erledigen."

Das Amt remonstrirte gegen diesen Verweis, das Hofgericht rescribirte aber:

„Durch die Prozeßordnung ist das Verfahren vorgezeichnet, welches bei einer jeden prozessualischen Verhandlung eingehalten werden muß und der Richter ist nicht ermächtigt, diese Formen zu verlassen, und die Rechtsstrite nach selbst gewählter Form zu erledigen. Man kann es deßwegen nur als eine sehr übel gewählte Entschuldigung erkennen, wenn das Amt sein in dieser Sache eingehaltenes formloses Verfahren durch die auffallende Behauptung zu vertheidigen sucht, daß der Richter bei Verhandlung einer Arrestklage an die, durch den 32. Titel der Prozeßordnung vorgeschriebenen Formen, insbesondere an die durch §. 689 vorgeschriebene Form nicht gebunden sei, und da der Umstand, daß dem Amte der Aufenthalt des Arrestbeklagten unbekannt war, eben so wenig zur Rechtfertigung des amtlichen Verfahrens dienen kann, indem das Ladungsdecret dem Arrestbeklagten in jedem Falle insinuirt werden mußte, dasselbe mochte in der, vom Amt gewählten oder in der durch die Prozeßordnung vorgeschriebenen Form ausgefertigt seyn, die Unbekanntschaft mit dem Aufenthaltsort des Beklagten daher auf die Form des Ladungsdecrets keinen Einfluß haben konnte, so mußte es dahier auffallen, wenn das Amt in seinem Berichte die Behauptung aufzustellen wagte, daß es nicht einzusehen vermöge, wie ihm die gänzliche Außerachtlassung der gesetzlichen Vorschriften des Verfahrens habe verwiesen werden können."

Der Beklagte ergriff nun das Rechtsmittel der Oberappellation und jenes der Beschwerdeführung sowohl gegen das amtliche Verfahren, als auch gegen die vom Hofgerichte ausgegangene Verletzung der Form, da dieses eine Appellation für unstatthaft erklärt habe, ohne den Appellanten nach §. 1214 der Prozeßordnung in der öffentlichen Sitzung zur Begründung derselben zuzulassen.

Das großh. Oberhofgericht entschied jedoch:

„In Sachen wird auf den Beschluß des Hofgerichts am Unterrhein vom 26. Septbr. 1833, besagend:

„„wird die vom Impetranten gegen den Beschluß des Amts N. vom 12. August 1833 eingewandte Berufung für unstatthaft erklärt;""

sodann

auf die von demselben an das Oberhofgericht ergriffene Oberberufung, nach schriftlich und mündlich gepflogenen Verhandlungen nunmehr von dem Oberhofgericht zu Recht erkannt:

„daß der hofgerichtliche Beschluß zu bestätigen und die eventuell angebrachte Beschwerde wegen Verletzung des §. 1214 der Prozeßordnung zu verwerfen seie, unter Verfällung des Oberappellanten in sämmtliche Kosten der drei Instanzen."

Entscheidungsgründe:

Auf eine Arrestklage des N. N. hat das Amt N. den 12. August v. J. den nachgesuchten Arrest erkannt, und nachdem die Vernehmlassung des Beklagten erfolgt war, worin unter Andern der Klage die Einrede der unzulänglichen Bevollmächtigung des klägerischen Anwalts zum Prozeß vorgebracht wurde, diesem durch Zwischenbescheid vom 6. Septbr. v. J. aufgegeben, eine von den Prinzipalen der Fabrikgesellschaft ausgestellte Vollmacht zur Arrestklage binnen vierzehn Tagen beizubringen, ansonst der impetrirte Arrest aufgehoben und seine Klage an den competenten Richter werde verwiesen werden. Gegen diesen Zwischenbescheid ergriff Beklagter die Appellation, die aber das Großh. Hofgericht durch Beschluß vom 26. Septbr. v. J. verwarf, ohne eine Tagfahrt zur Rechtfertigung dieser Appellation anberaumt zu haben.

Wenn nun Beklagter hiegegen die Oberappellation ergriff und damit eventuell die einfache Beschwerdeführung auf den Grund des §. 1244 der Prozeßordnung cumulirt, so ist zwar

A. was die Oberappellation betrifft,

1) es dem §. 1214 der Prozeßordnung entgegen, daß das Großh. Hofgericht die eingeführte Appellation als unzuläßig verworfen hat, ohne zuvor den Appellanten zur ausführlichen Rechtfertigung seiner Zuläßigkeit in die Gerichtssitzung vorgeladen zu haben; allein da das Rechtsmittel der Oberappellation nach §. 1172 der Prozeßordnung immer einen materiellen Nachtheil voraussetzt, welcher dem Oberappellanten durch den Beschluß des Hofgerichts, wogegen die Oberappellation nachgesucht wird, zugegangen wäre, so kann diese dem Großh. Hofgerichte zur Last fallende Verletzung der Vorschriften des Verfahrens die ergriffene Oberappellation nicht rechtfertigen, wenn nicht zugleich

2) die vom Großh. Hofgerichte als unzuläßig verworfene Appellation als zuläßig zu achten ist *).

Dieß ist jedoch nicht der Fall, denn es hat einestheils Oberappellant nirgends nachgewiesen, daß ihm durch das amtliche Zwischenurtheil ein unabwendbarer Nachtheil zugehe, als in welchem Falle allein nach §. 391 der Prozeßordnung gegen Zwischenurtheile ein Rechtsmittel zuläßig **), anderntheils ist es falsch, wenn Oberappellant behauptet, daß das Erkenntniß des Amtes N. vom 6. Septbr. ein gegen ihn erlassenes bedingtes Endurtheil seie. Indem dieses Erkenntniß dem Kläger die Aufhebung des Arrestes androht, wenn sein Anwalt nicht binnen vierzehn Tagen die verbesserte Vollmacht beibringen werde, spricht es noch keineswegs aus, daß im Fall der Beibringung dieser Vollmacht der Arrest als statthaft werde erkannt werden, und es liefert sogar die inzwischen den 26. Octbr. v. J. nachgesuchte Justificationsverhandlung den Beweis, daß der Unterrichter seinem Erkenntniß vom 6. Septbr. v. J. den vom Oberappellanten behaupteten Sinn nicht beilege ***); überdieß begründet die bloße Androhung eines Rechtsnachtheils niemals die Zuläßigkeit eines Rechtsmittels, sondern dieß bewirkt erst die Realisirung eines solchen Rechtsnachtheils durch ein der Androhung entsprechendes Urtheil.

---

*) Es darf daher der Richter die Form verletzen, wenn er nur keine materiellen Rechte beschädigt? wofür sind also die Formen?

E.

Antwort. Sie sind nur zum Schutze des materiellen Rechts. Wenn also das materielle Recht selbst nicht verlezt ist, so ist es unnöthig, wegen alleiniger Formverlezung ein unfruchtbares Rechtsmittel zuzulassen.

D. R.

**) Jede Rechtsbeugung, sei sie nun durch Verzögerung oder Aberkennung, ist eine Rechtsverletzung; ein Arrest, der eine Stunde länger besteht, als gesezlich, ist eine Rechtsverlezung, und der Nachtheil unabwendbar, sobald er in verlorner Zeit besteht.

E.

Anmerkung. Gegen die bloße Justizverzögerung, die allerdings oft einen später nicht mehr zu hebenden Nachtheil bringt, findet nach dem §. 1244 Nr. 1 der Prozeßordnung nur die Beschwerdeführung Statt, und diese wäre dagegen, daß das Amt auf die eingekommene Einredeschrift über die vorgetragenen Einreden weder erkannte, noch darüber eine Verhandlung anordnete, sondern beides bis zur Einlangung der Vollmacht aussezte, allerdings gegründet gewesen.

D. R.

***) Diese Verhandlung enthält eine näher versuchte Begründung des Arrestes durch Vollmacht und Urkunden, worauf der Unterrichter devotirte: Abschrift dem Impetraten zur Erklärung binnen acht Tagen, ansonst der Arrest als justificirt betrachtet wird. — Man möchte hier eher finden, daß der Unterrichter dem Erkenntnisse vom 6. Septbr. den vom Oberappellanten behaupteten Sinn unterlegt habe. Am 26. Octbr. war die Sache in der Oberappellationsinstanz noch schwebend.

E.

Aus diesen Gründen erscheint die gegen das hofgerichtliche Decret vom 26. Septbr. v. J. eingewandte Oberappellation als nicht gerechtfertigt, und es ist daher dieses Decret bestätigt worden.

B. Die eventuell gegen das hofgerichtliche Verfahren deßhalb erhobene einfache Beschwerde, weil das Großh. Hofgericht die Vorschriften des §. 1214 der Prozeßordnung außer Acht gelassen hat, findet neben der ergriffenen Oberappellation nicht Statt, weil diese nach §. 1168 der Prozeßordnung auch hinreicht, alle einfachen dem Oberappellanten zugefügten Beschwerden vorzubringen, weil ferner Oberappellant diese Beschwerde im Wege der Oberappellation vorgebracht, es sich aber bei deren Erörterung ergeben hat, daß ihm dadurch ein wirklicher Rechtsnachtheil nicht zugegangen ist.

Als in beiden Beziehungen unterliegender Theil hat Oberappellant die Kosten des Oberappellationsverfahrens zu tragen.

E.

III.

Rechtsfall, als Beitrag zur Erläuterung des Gesetzes über Ehrenkränkungen; insbesondere über Legitimation des Staatsanwalts und die Förmlichkeiten der Injurienklage.

Dem Amte N. war angezeigt worden, daß ein Amtsuntergebener über dasselbe geäußert habe:

„der Beamte X. sei der schlechteste Mann, weil dieser ihn klagfrei gesprochen und ihm doch habe Sporteln fordern lassen. — Er wolle nach N. gehen und dem X. sagen, ob er nicht mehr an die Geschichte in N. N. denke, und ob er etwa den Orden wegen dieser schönen Handlung erhalten habe? In N. hätten Alle zu befehlen und es sei überhaupt Einer schlechter, als der Andere.“

Das Amt bat hierauf das Hofgericht, den Urheber jener Aeußerungen zur Untersuchung ziehen zu lassen und als das Hofgericht erwiederte, daß die sich für beleidigt erachtenden Beamten mit einer förmlichen Klage auftreten müßten, so stellten jene nunmehr die Bitte, das Hofgericht *) möge den

---

*) Sofern eine Ermächtigung des Staatsanwalts durch eine Staatsbehörde zur Klagerhebung Namens einzelner beleidigten Staatsdiener erforderlich ist, soll jene nach §. 1 der Instructivverordnung vom 10. Juli 1832 durch die, dem Beleidigten unmittelbar vorgesezte Dienstbehörde ertheilt werden. Diese ist für die Aemter die Kreisregierung, da von Lezterer die Dienstanstellung und Beförderung des Amtspersonals zunächst respicirt wird. Die Beamten in N. hätten sich daher mit ihrem Gesuche an die ihnen vorgesezte Regierung wenden müssen, und konnten vom Hofgerichte nicht erwarten, daß dieses, durch Beauftragung des Staatsanwalts zur

Staatsanwalt zu Erhebung der Klage gegen den Beleidiger veranlassen. Das Hofgericht theilte dieses Gesuch dem Staatsanwalt „zur geeigneten Verfügung“ mit, und nachdem Letzterer die Ernennung eines Untersuchungsrichters veranlaßt hatte, übergab er eine Klage folgenden Inhalts:

„Die Beamten zu N. seien durch verschiedene Aeußerungen des Beklagten an ihrer Ehre gekränkt worden; der erste Beamte namentlich dadurch, daß der Beklagte denselben den schlechtesten Mann genannt und behauptet habe, es sei von jenem Beamten eine schlechte Handlung zu N. N. begangen worden. Die übrigen Beamten seien an ihrer Ehre gekränkt, weil der Beklagte gesagt habe: „„es sei Einer schlechter, als der Andere.““ Der Untersuchungsrichter möge aussprechen, daß Grund zur gerichtlichen Verfolgung des genannten Vergehens vorhanden sei, sofort die Untersuchung einleiten und nach deren Schlusse die Acten dem Staatsanwalt mittheilen, worauf dieser sich vorbehalte, einen Strafantrag zu stellen.“

Die Untersuchung wurde geführt, darin von Seite des Beklagten Alles geläugnet, die Beschuldigung aber durch drei Zeugen großentheils erwiesen. Es erfolgte dann die Zustellung der Acten an den Staatsanwalt, welcher darauf antrug, den Beklagten der Ehrenkränkung der betreffenden Beamten schuldig zu erklären und zu zwei Monaten Gefängniß zu verurtheilen. Ohne daß nun über diesen Antrag eine weitere Vernehmung des Beklagten Statt fand, wurden die Acten dem Hofgerichte zur Urtheilsfällung vorgelegt:

Obgleich sich im vorliegenden Falle das Daseyn einer Ehrenkränkung durchaus nicht in Zweifel ziehen läßt, und obgleich es anerkanntermaßen höchst nothwendig ist, das amtliche Ansehen möglichst zu schützen, und Diejenigen, welche dasselbe kränken, nachdrücklichst zu bestrafen, da die Autorität der Staatsgewalt durch jene der obrigkeitlichen Behörden besonders bedingt ist, so dürfte sich, mit Rücksicht auf das in dieser Sache beobachtete, den Vorschriften des Injuriengesetzes nicht entsprechende Verfahren, die Abweisung der erhobenen Klage gleichwohl rechtfertigen lassen, und zwar

1) wegen fehlender Legitimation des Staatsanwalts.

Nach §. 12 des allegirten Gesetzes dürfen Ehrenkränkungen nur auf Klage des Beleidigten untersucht und Staatsbeamte können, als Kläger, ausnahmsweise nur in zwei Fällen durch den Staatsanwalt vertreten werden:

a. wenn ein Staatsdiener bei Ausübung einer Diensthandlung verläumdet oder mittelst körperlicher Mißhandlung injurirt worden ist (Injuriengesetz §. 5). Die Existenz einer Verläumdung oder einer körperlichen Mißhandlung ist aber in gegenwärtigem Falle weder klägerischer Seits behauptet worden, noch überhaupt vorhanden; eben so wenig fiel die fragliche Beleidigung während einer Dienstverrichtung der Kläger vor;

b. wenn durch Ehrenkränkungen gegen Staatsdiener außerhalb ihres Dienstes Verhältnisse zur Sprache gebracht sind, welche, wenn sie wahr wären, nach den Gesetzen die vorgeschriebenen Besserungsversuche oder die Dienstentlassung zur Folge haben können. — Diese Veranlassung zur Klagerhebung durch den Staatsanwalt tritt hier ebenfalls nicht ein. Denn die der Klage zur Grundlage dienenden Aeußerungen des Beklagten: „einer der Beamten sei ein schlechter Mann“ und „es sei Einer schlechter als der Andere,“ enthalten keine bestimmte thatsächliche Anführungen, deren Erörterung dem Staate zur Würdigung des Benehmens der Diener von Belang seyn könnten. Jene Aeußerungen sind individuelle Urtheile ohne Vordersätze. Sie gehören in die Classe gemeiner Schimpfreden, Verbalinjurien, bei denen die Beleidigung lediglich in der Form beruht. Die weitere Bemerkung über den ersten Beamten: „ob er nicht an die Geschichte in N. N. denke?“ ist ebenfalls zu unbestimmt, als daß von einem Beweise der Wahrheit derselben die Rede seyn und behauptet werden könnte, sie bezeichne ein solches Verhältniß, bei welchem, im Falle der Wahrheit, nach den bestehenden Gesetzen (womit rücksichtlich der Civilstaatsdiener nur die §§. 10 und 17 des Staatsdieneredicts gemeint seyn können) ein Correctionsgrad oder die Dienstentlassung des Beamten einzutreten hätte.

Wenn man befugt wäre, den Beklagten zu nöthigen, die von ihm berührte „Geschichte“ (deren Erwähnung er übrigens geläugnet hat) zu erzählen, so wäre es ja sogar möglich, daß sich dann zeigte, daß die fragliche Handlung des Beamten nur nach des Beklagten individueller Ansicht eine unrechte, keineswegs aber eine solche gewesen wäre, welche, im Falle der Wahrheit, nach den Bestimmungen des Dieneredicts eine Ahndung verdienen würde.

Die Instructivverordnung vom 17. Febr. 1832 (Regbl. Nr. X.) verweist zwar rücksichtlich der Befugnisse des Staatsanwalts auf mehrere Paragraphen des Preßgesetzes, insbesondere auf den §. 43 desselben. Durch diese Bestimmung kann man aber nicht irre geführt werden, wenn man erwägt, daß die fragliche Verordnung nicht als Gesetz, sondern schon ihrer Ueberschrift nach, nur als Instruction publicirt wurde, daß es also außer der Absicht der Urheber lag, ein bestehendes Gesetz abzuändern, daß vielmehr nur die im Injuriengesetze vorfindlichen Lücken hinsichtlich der Procedur ergänzt werden sollten, und hiernach die mehrgedachte Verordnung dem erwähnten Gesetze in keinem Falle derogiren könnte. — Es folgt hieraus, daß bei Injurien,

Klagerhebung, für die angeblich Beleidigten gewissermaßen Partei nehmen und seiner künftigen Entscheidung über die Klage selbst vorgreifen werde.

welche nicht durch die Presse verübt werden, auch die, auf solche Beleidigungen durch die Instructivverordnung rückbezogenen Bestimmungen des §. 43 des Preßgesetzes (wornach jede Ehrenkränkung, welche einem Staatsdiener in Bezug auf sein Amt zugefügt wird, durch den Staatsanwalt verfolgt werden kann) nicht in ihrem vollen Umfange, sondern nur so weit anzuwenden sind, als der §. 12 des Injuriengesetzes selbst — wie oben erörtert wurde — das Einschreiten des Staatsanwalts zuläßt *). Rücksichtlich der Beleidigungen, welche dem Diener außerhalb seines Amts zugefügt werden, verweist §. 43 des Preßgesetzes übrigens selbst auf das Injuriengesetz, in letzterer Beziehung wäre daher die Instructivverordnung, welche den fraglichen Paragraphen des Preßgesetzes auch bei anderen Injurien angewendet wissen will, ohnehin in keinem Widerspruche mit dem für letztere allein maßgebenden Gesetze. Da nun, wie gezeigt wurde, nach §. 12 dieses Gesetzes der aufgetretene Kläger zur Erhebung der Klage nicht legitimirt war, so ist letztere auch selbst verwerflich.

*) Mit der hier vorgetragenen Ansicht im Allgemeinen bin ich einverstanden; nichts desto weniger scheint mir, daß im concreten Falle der Staatsanwalt als legitimirt anzusehen sei.

Der §. 12 Abs. 2 und 3 des Ehrenkränkungsgesetzes spricht nämlich nur von dem Falle, da der Staatsanwalt von Amtswegen, ohne Antrag des Beleidigten, ja selbst gegen dessen Willen, die Klage erheben kann.

Dem Beleidigten ist es oft unwillkommen, in einen Injurienprozeß verwickelt zu werden, und er zieht vor, die Ehrenkränkung mit Verachtung zu übergehen, als sich vielleicht durch den Injurienprozeß noch größeren Unannehmlichkeiten und neuen Kränkungen auszusetzen.

Der Gesetzgeber hat es daher in die Willkühr des Beleidigten gestellt, Klage zu erheben oder die Sache auf sich beruhen zu lassen; nur bei Beleidigungen gegen Beamte fordert im Allgemeinen der öffentliche Dienst, daß sie nicht unbestraft gelassen werden. Jedoch wurde auch hier aus den erwähnten Rücksichten für den Beleidigten das Einschreiten von Amtswegen nur auf die Fälle grober Verletzungen, die den Dienst oder das Vertrauen auf den Diener stärker gefährden, beschränkt. Hieraus folgt aber nicht, daß in den übrigen, wenn gleich mit dem öffentlichen Dienste ebenfalls in Verbindung stehenden, Fällen der Staatsanwalt selbst auf den Antrag des beleidigten Beamten die Klage nicht erheben dürfe.

Gegen das Gesetz ist es daher in keinem Falle, wenn die Regierung ihren Agenten (den Staatsanwalt) anweist, auch in den nicht von Amtswegen zu verfolgenden Fällen gleichwohl auf den eigenen Antrag der beleidigten Beamten Namens dieser die Klage zu erheben. In dieser Hinsicht hat somit die Regierung ihre Competenz nicht überschritten, wenn sie durch die Instruction vom 17. Febr. 1832 den §. 43 des Preßgesetzes hinsichtlich der Wirksamkeit des Staatsanwalts auch auf die nicht durch die Presse verübten Ehrenkränkungen gegen Beamte für anwendbar erklärte. Nur die Bestimmung des §. 43, daß die Klage auch auf den Beschluß der dem beleidigten Beamten vorgesetzten Dienstbehörde, ohne des Beamten eigenen Antrag, angestellt werden dürfe, kann auf die nach dem §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes nicht von Amtswegen zu verfolgenden Fälle keine Anwendung finden, da die ohne Antrag des Beamten auf den Beschluß seiner vorgesetzten Dienstbehörde erhobene Klage lediglich eine Klage von Amtswegen wäre, und nach dem §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes doch eine solche von Seiten des Beleidigten, beziehungsweise des von ihm aufgeforderten Staatsanwalts, verlangt wird.

D. R.

2) Wegen der Form der Klage.

Das Verfahren in Ehrenkränkungssachen ist, der doppelseitigen Natur dieser Sache nach, aus Regeln des Civil- und Criminalprozesses zusammengesetzt. Aus ersteren sind die Bestimmungen über den Recurs beider Theile, die Widerklage und hauptsächlich die Vorschrift entlehnt, daß der Vornahme der Untersuchung eine Klage des Beleidigten vorausgehen muß. Es folgt daraus, daß die zu erhebende Klage auch dieselben Erfordernisse haben muß, welche der civilrechtliche Begriff einer Klage mit sich bringt und eine in dieser Beziehung mangelhafte Klage wegen gleicher Mängel verwerflich ist, wegen welcher eine Civilklage als verwerflich erscheint *). Zum Wesen einer Klage gehört aber namentlich ein thatsächlicher Klaggrund und ein, dem Zwecke derselben entsprechendes Sachgesuch (Prozeßordnung §. 247, 350). Der Zweck der Klage wegen Ehrenkränkung ist die Genugthuung. Es muß daher in der Klage selbst schon ein bestimmter Antrag auf

*) Dieß möchte zu bezweifeln seyn. Wenn das Ehrenkränkungsgesetz eine Klage des Beleidigten verlangt, so ist damit noch nicht gesagt, daß dieselbe, obschon es sich um eine Strafsache handelt, wie eine Civilklage beschaffen seyn müsse und darüber nach Vorschrift des bürgerlichen Prozesses verhandelt werde.

Vielmehr wird man, da über das Verfahren nichts bestimmt ist, das alte Untersuchungsverfahren (nur bedingt durch einen, das Verfahren einleitenden, Antrag des Beleidigten) beibehalten müssen, und es wird genügen, wenn durch die Klage nur hinreichender Stoff geliefert wird, um darin ein Vergehen zu entdecken und darauf hin eine Untersuchung vornehmen zu können. Das Weitere ergiebt sich alsdann durch die Untersuchung, und es ist bei den, nicht durch die Presse verübten, Ehrenkränkungen überhaupt gar nirgends vorgeschrieben, daß der Kläger wie bei Preßvergehen eine eigentliche Anklage mit bestimmtem Strafantrag stelle.

Unter dem Ausdruck „Klage" versteht der nach der Instructivverordnung vom 17. Febr. 1832 auch bei den nicht durch die Presse verübten Ehrenkränkungen anzuwendende §. 44 des Preßgesetzes nur den Antrag auf Untersuchung, und erst wenn diese geschlossen ist, erfolgt bei den Preßvergehen nach §. 51 noch eine eigentliche „Anklage" mit bestimmtem Antrag auf Schuldigerklärung und auf das Maß der Strafe, welch' letztere Vorschrift aber hinsichtlich der andern Ehrenkränkungen nicht besteht.

D. R.

Genugthuung gestellt werden und es kann nicht genügen, mit Vorbehalt des Hauptgesuchs, einen vorläufigen Antrag auf Einleitung einer Untersuchung zu stellen, wie in gegenwärtigem Falle geschehen ist. Dem Wesen der Klage entsprechend, kann die einzuleitende Untersuchung ohnehin sich nur auf Erörterung derjenigen Thatsachen erstrecken, welche in der Klage selbst als Gegenstand der Beschwerde speciell angeführt sind; es soll durch das Untersuchungsverfahren nur in Bezug auf jene Thatsachen der Exculpations- und Inculpationsbeweis erhoben werden. Im Wege der Inquisition dagegen erst Thatsachen auszumitteln, deren die Klage nicht gedenkt, und wenn dieses geschehen wäre, nach Lage der Acten das Entdeckte als Klaggrund nachträglich aufzuführen, und darauf erst das Sachgesuch der schon früher erhobenen Klage zu stützen, widerspricht durchaus dem Geist des Gesetzes; weßhalb denn auch alle, erst durch die Untersuchung bekannt gewordenen oder während letzterer erst verübten Injurien nur Grund zu Erhebung einer neuen Klage, niemals aber einen Entscheidungsgrund bei Fällung des Erkenntnisses über die bereits erhobene Klage, in deren Folge die Untersuchung eingeleitet wurde, abgeben könnten.

Da der oben mitgetheilte Inhalt der Klage des Staatsanwalts hiernach als fehlerhaft erscheint, so hätte letztere schon um deßwillen angebrachtermaßen verworfen werden müssen und gar keine Untersuchung darauf eingeleitet werden dürfen (Prozeßordnung §. 359). — Die vom Staatsanwalte beobachtete Verfahrungsweise ist der in Preßsachen ähnlich. Sie findet aber nicht einmal in der Instructivverordnung vom 17. Febr. 1832 eine Unterstützung; da hiernach der §. 51 des Preßgesetzes, welcher vorschreibt, daß in Preßsachen erst nach geführter Untersuchung die Klage zu erheben sei, nicht unter diejenigen Paragraphen aufgenommen wurde, welche für das Verfahren in Ehrenkränkungssachen maßgebend seyn sollen. Es müßte daher schon aus diesem Grunde und abgesehen von der Unmöglichkeit, daß durch die Instructivverordnung das Gesetz hätte abgeändert werden können, bei der oben erwähnten, aus dem Civilprozesse entlehnten Regel bleiben, welche im vorliegenden Falle verletzt wurde *).

Kirn.

*) Der urtheilende Richter nahm übrigens an, daß die Legitimation des Staatsanwaltes vorhanden und der gerügte Mangel der Klage unerheblich sei, weßhalb er auch ein Straferkenntniß erließ.

IV.

Widerklage auf einen Zahlungsbefehl.

Auf den erwirkten Zahlungsbefehl zahlte der Beklagte, stellte aber gegen den in einem andern Gerichtssprenge wohnenden Kläger bei seinem (des Beklagten) Richter eine Widerklage an, worauf dieses Gericht sofort Ladung verfügte. Dieß wurde jedoch als unzuläßig erkannt. Denn die Befugniß zur Widerklage wird nur durch ein Ladungsdecret begründet, Prozeßordnung §. 257; als Ladungsdecret erscheint nur die Verfügung, die auf eine wirklich erhobene Klage erfolgt, und unter Mittheilung der Klage deren Beantwortung aufgiebt. Einfache Anrufen um Zahlungsbefehle sind aber keine Klagen, das Gesetz unterscheidet sie ausdrücklich davon, §. 720, 721 der Prozeßordnung. Eben so wenig wird der Zahlungsbefehl einem Ladungsdecret gleich gestellt, §. 723. Dessen Wirkungen aber beschränkt §. 724 ausdrücklich nur auf zwei, nämlich Begründung des Vorzuges und Unterbrechung der Verjährung; die Begründung des Gerichtsstandes der Widerklage ist also ausgeschlossen. Des Beklagten negative Erklärung auf den Zahlungsbefehl setzt ja den Kläger in die Nothwendigkeit, nun förmliche Klage zu erheben, und ohne Vorklage giebt es keine Widerklage.

Aschbach.

V.

Anfrage.

Ist ein ohne Beistand von einer Ehefrau abgeschlossener Ehevertrag absolut ungültig, d. h. mit der Wirkung:

kann der Ehemann oder dessen Erben, oder überhaupt ein Dritter, den Ehevertrag, welcher ohne Zuzug eines Geschlechtsbeistands von Seite der Frau eingegangen wurde, aus diesem Grund als nichtig anfechten, wenn die Ehefrau, ihre Erben oder Rechtsfolger diesen Fehler nicht rügen, vielmehr erklären, daß sie dessen ungeachtet den Ehevertrag aufrecht erhalten wollen?

Antwort. Der L. R. S. 515 i. enthält die wörtliche Beantwortung dieser Anfrage, indem er sagt:

„Ein ohne Beistand abgeschlossenes Geschäft kann nur von der Frauensperson, ihren Erben und Rechtsfolgern, nicht aber von dem andern Theil, mit welchem die Handlung vorgieng, noch von Dritten, wegen dieses Fehlers, als nichtig angefochten werden.“

D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Extra-Beilage

zu

Nr. 27 des zweiten Jahrgangs

der

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Abhandlung

1) Ueber Zuläßigkeit des Rechtsmittels der Restitution gegen oberhofgerichtliche Urtheile im Sinn und Geiste des §. 1253 der neuen Prozeßordnung, wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen, deren Rechtsbeständigkeit.

2) Ueber Zuläßigkeit der Beschwerdeführung gegen oberhofgerichtliche, diese Restitution als unstatthaft verwerfende Decrete, im Sinn des §. 1244, 2 der neuen Prozeßordnung, wegen Justizverweigerung.

3) Ueber das Recht und die Pflicht der Einschreitung von Seiten der obersten Staatsbehörde, des Großh. Staatsministeriums, in Gemäßheit des §. 1245 der neuen Prozeßordnung.

4) Ueber das Recht der Parteien, einen ganzen Senat und den Vorsteher des Großh. Oberhofgerichts unter Berufung auf §. 59 und 60 der neuen Prozeßordnung wegen besorgter Befangenheit abzulehnen.

5) Ueber Recusationsgründe und über die Erledigung eines solchen Ablehnungsgesuchs durch das Großh. Justizministerium nach §. 72, 3 der neuen Prozeßordnung.

Oberhofgericht.

Rechtsfall.

Georg Adam Leonhard in Heidelberg brachte als Oberappellant einen Rechtsstreit mit den Christoph Berlinghofischen Kindern erster Ehe in Plankstatt, Amts Schwezingen, worin er in den beiden vordern Instanzen unterlegen war, in drittter Instanz vor Großh. Oberhofgericht, ersten Senat, bestehend aus dem Herrn Oberhofrichter Freiherr von Hohnhorst, dem Herrn Oberhofgerichtskanzler Freiherr von Stengel, sodann aus den Herrn Oberhofgerichtsräthen Föhrenbach, Wedekind, Stößer, Jung und Schütt (Letzterer Respicient in dieser Sache). Sein Sachwalter entwickelte in öffentlicher Sitzung, in einem umfassenden mündlichen Vortrage, unter Berufung und Hinweisung auf die Acten, den wahren Sachverhalt, begründete, gestützt auf die einschlägigen unzweideutigsten Gesetze, so wie auf die in demselben Betreff früher ertheilten rechtskräftigen Urtheile, und die ihnen zu Grund liegenden Entscheidungsgründe, seine Rechtsansichten, rügte die factischen Irrthümer, Actenwidrigkeiten und falschen Rechtssätze, welche die vordern Instanzen der jüngsten, ihn beschwerenden Entscheidung unterstellt hatten, und bat um ein abänderndes Urtheil. Wegen Wichtigkeit der Sache (sie betrifft ein Streitobject von mehr als 5000 fl.) und wegen Verwicklung der Verhältnisse (derselbe Prozeß lag zum drittenmale in dritter Instanz zur Entscheidung vor) übergab derselbe, nach geschlossener mündlichen Verhandlung eine mit seinem Vortrage im Wesentlichen übereinstimmende schriftliche Rechtsausführung zu den Acten, wie es §. 335 der neuen Prozeßordnung gestattet, und erlaubte sich, bezüglich auf §. 1124 ibid., den obersten Gerichtshof zu bitten, den Fall einer ernsten und strengen Prüfung zu unterwerfen, ihn zur weitern Berathung auszusetzen, und zu dem Ende sich einen schriftlichen Vortrag in geheimer Sitzung erstatten zu lassen.

Es erfolgte nach kurzer Berathung hierauf in der nämlichen Sitzung unterm 3. Decbr. 1833 sub Nr. 2548 ersten Senats folgendes Urtheil:

„Wird nunmehr auf die eingewandte Oberberufung, nach schriftlich und mündlich gepflogenen Verhandlungen und nachdem die von dem Oberappellanten am Schlusse der letztern übergebene schriftliche Rechtsausführung einer Prüfung unterworfen, und man hiebei bewogen worden war, von der auf den Grund des §. 1124 der Prozeßordnung gebetenen Erstattung eines schriftlichen Vortrags über dieselbe Umgang zu nehmen, von dem Oberhofgerichte zu Recht erkannt:

„daß das hofgerichtliche Urtheil, unter Verfällung des Klägers, Oberappellanten in sämmtliche Kosten aller drei Instanzen, lediglich zu bestätigen sei."

Leonhard überzeugte sich, daß diese Entscheidung sich keineswegs auf eine Prüfung des wahren Thatbestands, der Acten, der mündlichen und schriftlichen Rechtsausführung (wie wäre eine solche in der kurzen Zeit auch möglich gewesen? Man beschränkte sich vielmehr, nach einer den Entscheidungsgründen beigefügten Note „mit einer cursorischen, d. i. stellenweisen Verlesung der schriftlichen Rechtsausführung, die man mit der mündlichen übereinstimmend fand"), sondern daß sie sich lediglich auf die von dem, in dieser Sache zum zweitenmale aufgestellten, Respicienten, welcher seine früher vorgefaßten irrigen Ansichten aufrecht zu erhalten suchte, schon vor der mündlichen Verhandlung entworfenen, von dem obersten Gerichtshofe unbedingt adoptirten Entscheidungsgründe stütze.

Er überzeugte sich, daß diese Entscheidungsgründe, eben so wie die amtlichen und hofgerichtlichen, theils factische Irrthümer, theils Actenwidrigkeiten, theils unwahre Rechtssätze und Widersprüche gegen rechtskräftige Urtheile enthalten, und daß es daher dem darauf basirten Urtheile an den wesentlichen Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit mangelt.

Durch ein auf §. 1253 der neuen Prozeßordnung gestütztes, an das unbetheiligte Plenum des Großh. Oberhofgerichts gerichtetes Restitutionsgesuch, worin er diese Mängel aus den Acten und aus seiner schriftlichen Rechtsausführung nachwies, gab er dieser Behörde Gelegenheit, das ihm von dem ersten Senat, aus Versehen oder Nachlässigkeit, also wenn gleich nicht dolose, doch culpose zugefügte Unrecht, auf dem gesetzlichen Wege wieder gut zu machen.

Der Vorsteher des Großh. Oberhofgerichts fand es für gut, das Restitutionsgesuch zur Erledigung, statt, dem Antrage gemäß, in das Plenum, wieder in den ersten Senat zu verweisen und dem früheren Respicienten auch jetzt wieder, also zum drittenmale in derselben Sache, das Respiciat zu übertragen.

Der Erfolg konnte nicht zweifelhaft seyn.

Ohne sich auf die Materialien einzulassen, wurde:

„auf mündliche Proposition des Respicienten, geheime Berathung und Abstimmung — in Erwägung, daß seit der Einführung der Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens eine Restitution wegen factischer Irrthümer und unwahrer Rechtssätze nicht mehr Statt finde, weil seit diesem die Parteien oder deren Sachwalter den Richter sowohl von dem Thatsächlichen ihrer Rechtsansprüche, als auch von ihren Rechtsansichten unmittelbar unterrichten, somit der Mangel einer sachgemäßen Information des urtheilenden Richters nicht mehr gedenkbar sei" —

die gegen das oberhofgerichtliche Urtheil gebetene Wieder-

herstellung in den vorigen Stand, durch Rescript vom 5. Febr. 1834 Nr. 599, 600, ersten Senats, als unstatthaft verworfen.

Leonhard wandte sich, hierdurch beschwert, unter Berufung auf §. 1244, 2 und 1245 der neuen Prozeßordnung mit einer Beschwerde an das hohe Staatsministerium mit der Bitte, dem als unstatthaft verworfenen Rechtsmittel, durch Weisung an das Großh. Oberhofgericht, den gebührenden Eingang zu verschaffen, zugleich aber auch, gestützt auf §. 59 ibid., wegen besorgter Befangenheit des ersten Senats mit einem Ablehnungsgesuch, nach Vorschrift des §. 72, 3 ibid., an das hohe Justizministerium.

Es fragt sich nun, welchen Erfolg darf Leonhard von diesen obersten Staatsbehörden auf seine Beschwerde sowohl, als auf sein Ablehnungsgesuch, nach dem Geiste unserer Prozeßordnung, erwarten?

Ich will, ohne den materiellen Gehalt des Restitutionsgesuchs hier einer Prüfung zu unterwerfen, diese Fragen begutachtend zu beantworten suchen.

Gutachten.

Erste Rechtsfrage.

„Findet, ungeachtet der eingeführten Mündlichkeit, gegen oberhofgerichtliche Urtheile eine Restitution im Sinne des §. 1253 der neuen Prozeßordnung überhaupt Statt?"

Obgleich, wie das oberhofgerichtliche Verwerfungsdecret besagt, die Parteien oder ihre Sachwalter dem urtheilenden Richter sowohl das Thatsächliche ihrer Rechtsansprüche, als ihre Rechtsansichten selbst vortragen, und es daher kaum denkbar seyn sollte, daß es ihm an einer sachgemäßen Information mangeln könnte, so hat der Gesetzgeber gleichwohl, eingedenk, daß die Richter nur Menschen, und als solche dem Irrthume unterworfen sind, die Möglichkeit unterstellt, daß, wenn auch von den Parteien der wahre Thatbestand vorgetragen und aus den Acten nachgewiesen wird, und wenn auch die einschlägigen Gesetze angerufen werden, der Richter bei dem flüchtigen mündlichen Vortrage sich in dem Auffassen des Thatsächlichen und, bei der hierauf folgenden kurzen Berathung, über die Anwendung der Gesetze irren, daß er über das Gehörte und somit auch über das darauf anzuwendende Gesetz, zweifelhaft werden könne.

Um nun die Parteien über die sachgemäße Information des Richters zu beruhigen, hat der Gesetzgeber im §. 335 der neuen Prozeßordnung erlaubt:

„vor oder nach dem mündlichen Vortrage eine Rechtsausführung in einem schriftlichen Aufsatze zu den Acten zu geben, dessen Einsicht dann der Gegenpartei offen steht;"

und eben so hat er, um den zweifelhaften Richter nicht zu einer minder gründlichen, augenblicklichen Entscheidung zu drängen, im §. 1124 ibid. gestattet:

„zur Verkündung des Urtheils eine andere Sitzung zu bestimmen, oder zu beschließen, daß die Sache zu weiterer Berathung auszusetzen seie, und zugleich, wenn er solches für angemessen hält, ferner anzuordnen, daß zu dem Ende ein schriftlicher Vortrag in geheimer Sitzung erstattet werden soll."

Wenn nun aber auch die Partei von diesem ihrem Rechte Gebrauch macht, ihrerseits Alles thut, um den Richter gehörig aufzuklären, und zur Fällung eines, dem Thatbestand und den Gesetzen entsprechenden, Urtheils in den Stand zu setzen, so mußte der Gesetzgeber nichts desto weniger die weitere Möglichkeit unterstellen, daß der Richter seinerseits von denen ihm an Handen gegebenen Aufklärungsmitteln keinen Gebrauch macht, entweder, weil er sich schon für hinreichend aufgeklärt hält, oder, weil er zu bequem ist, um tiefer in das Thatsächliche einzudringen, und die angerufenen Gesetze und rechtskräftigen Urtheile zu prüfen, weil er es behaglicher findet, sich denen von dem Respicienten schon vor dem mündlichen Vortrag entworfenen Entscheidungsgründen, unbekümmert, ob sie dem Thatbestand, den Acten und dem Gesetze entsprechen, oder ob sie factische Irrthümer, Actenwidrigkeiten und unwahre Rechtssätze enthalten, in collegialischer Freundschaft anzuschließen, mit andern Worten:

Die Möglichkeit, daß der Richter seine Schuldigkeit nicht thut, sich vielmehr grobes Versehen und Nachlässigkeit in Erfüllung der ihm aufliegenden Pflichten zu Schulden kommen läßt.

Für diesen eintretenden Fall hat der Gesetzgeber, da die Parteien nach unserer neuen Prozeßordnung sich nicht mehr durch eine querela nullitatis oder restitutio ex capite nullitatis, oder durch eine restitutio ex culpa referentis helfen können, im §. 1253 der neuen Prozeßordnung

„eine Wiederherstellungsklage wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Urtheils"

ohne Ausnahme, es mag ausgesprochen seyn, von welchem Instanzgericht es immer wolle, eingeführt, und es muß hiernach, da wohl nicht in Abrede gestellt werden kann, daß es einem Urtheil, welches durch die culpa des Richters auf factischen Irrthümern, Actenwidrigkeiten und unwahren Rechtssätzen beruht, an den wesentlichsten Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit mangelt, die oben aufgestellte Frage unbedingt bejahend beantwortet werden.

In einem ganz gleichen Falle waltete, wie der Justizministerialbeschluß vom 28. Febr. l. J. Nr. 1230, 31, 32, Anlage

Nr. 1, beurkundet, über die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels, auch gegen oberhofgerichtliche Urtheile überhaupt, bei dem zweiten Senate des Großh. Oberhofgerichts, durchaus gar kein Zweifel ob; es handelte sich nur über dessen Ablehnung, und es ist daher schlechterdings nicht zu begreifen, wie der erste Senat dieses obersten Gerichtshofes sich autorisirt halten konnte, durch Decret vom 5. Febr. l. J. seine Infallibilität zu declariren, und eben so wenig, wie sich dessen Vorsteher veranlaßt finden konnte, in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, neue Folge, zweiter Jahrgang, erstes Heft Seite 73 unter dem unrichtigen, mit dem Inhalt des angeführten Beschlusses selbst im Widerspruch stehenden Aushängschild: „restitutio ex culpa referentis findet nach Einführung der neuen Prozeßordnung nicht mehr Statt“ — diese Infallibilität öffentlich zu proclamiren.

So großes Vertrauen auch der Gesetzgeber in die Weisheit und Gerechtigkeit unseres obersten Gerichtshofes gesetzt hat, so hat er doch nirgends dessen Untrüglichkeit ausgesprochen, sondern vielmehr auch seine Urtheile dem Rechtsmittel der Restitution unterworfen, sobald es ihnen an wesentlichen Voraussetzungen ihrer Rechtsbeständigkeit mangelt, denn der §. 1253 der neuen Prozeßordnung macht, wie bereits gesagt ist, hinsichtlich der Instanzen keinen Unterschied; und so großes Ansehen auch dieser Gerichtshof im In- und Auslande mit vollem Rechte genießt, so dürfte sich gleichwohl über dessen Untrüglichkeit Mancher bescheidene Zweifel erlauben.

Jeder Unterthan steht unter dem Schutz der bestehenden Prozeßgesetze; er darf daher in der Verfolgung seines Rechts durch Verwerfung von ihm in den gesetzlichen Nothfristen ergriffener und ihm gesetzlich zustehender Rechtsmittel nicht beschränkt werden, und es liegt in einer solchen Verwerfung eine wahre Justizverweigerung.

Wenn sich nun der oberste Gerichtshof einer solchen Justizverweigerung schuldig macht, so wirft sich die

zweite Rechtsfrage auf:

„Muß es hierbei unabänderlich sein Bewenden behalten, oder sind den Parteien noch Mittel, und welche, an Handen gegeben, ihr Recht geltend zu machen, und welchen Behörden steht hier eine Einschreitung und in welcher Art zu?“

Der Gesetzgeber hat im XLVIII. Titel der Prozeßordnung außer den Rechtsmitteln der Appellation, Oberappellation und Restitution auch noch das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerdeführung gestattet; es findet nach §. 1244, 2 ibid. namentlich eine solche Beschwerde Statt:

„wenn der Richter die Verhandlung oder die Entscheidung eines gesetzlich zulässigen Rechtsmittels verweigert;“

und der §. 1245 ibid. verweist eine solche Beschwerdeführung gegen den obersten Gerichtshof vor die oberste Staatsbehörde, also vor das hohe Staatsministerium.

Da aber eine bloße Beschwerdeführung den Parteien unmöglich zu ihrem Recht verhelfen kann, so muß, wenn die Beschwerde wirklich begründet befunden wird, der vorgesetzten obersten Staatsbehörde, nach Analogie des §. 1179 der neuen Prozeßordnung die Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des ergriffenen Rechtsmittels, und somit eine Einschreitung zustehen, und diese kann keine andere seyn, als eine Weisung an den obersten Gerichtshof: über das gesetzlich zustehende, von ihm gleichwohl als unstatthaft verworfene Rechtsmittel zu verhandeln und zu entscheiden, so wie es dem Oberhofgerichte als vorgesetzter Behörde zusteht, die Hofgerichte, und diesen, die Aemter in gleichen Fällen anzuweisen.

Man wende hiegegen nicht ein, daß hierin eine, durch unsere neue Prozeßordnung, wornach alle wahren Rechtsstreitigkeiten nur bei den competenten ordentlichen Civilgerichten verhandelt und entschieden werden sollen, ausdrücklich untersagte Cabinetsjustiz liege. Denn durch eine solche Einschreitung der obersten Staatsbehörde soll ja, in materieller Hinsicht, weder etwas verhandelt, noch entschieden, es soll dadurch vielmehr eine, von dem Gesetz gestattete und widerrechtlich verweigerte Verhandlung und Entscheidung durch die ordentlichen Behörden herbeigeführt werden.

Wollte man der obersten Staatsbehörde dieses ihr gesetzlich zustehende Einschreitungsrecht entziehen, so würde offenbar dem Großh. Oberhofgerichte das Recht einer willkührlichen, weder den Thatbestand noch das Gesetz berücksichtigenden Entscheidung zugestanden werden, und dem sollte gerade, da es uns, leider! an einem Cassationshofe fehlt, durch das Rechtsmittel der Beschwerdeführung bei der obersten Staatsbehörde, welcher die Oberaufsicht über die Rechtspflege verfassungsmäßig anvertraut ist, abgeholfen werden.

Habe ich bis hierher nachgewiesen, daß in dem vorliegenden Falle das Restitutionsgesuch mit Unrecht verworfen worden ist, daß hierin eine offenbare Justizverweigerung liegt, und daß eine Einschreitung von Seiten des hohen Staatsministeriums, im Interesse des Staates selbst, in der gebetenen Art nicht versagt werden kann, so dringt sich mir die

dritte Rechtsfrage auf:

„Welchem Gerichte muß die Verhandlung und Entscheidung des Restitutionsgesuches aufgetragen werden?"

Der §. 1251 der neuen Prozeßordnung bestimmt, daß die Wiederherstellungsklage bei demjenigen Gerichte Statt finde, von welchem ursprünglich das Urtheil mit den Bestimmungen gesprochen worden ist, gegen die man die Wiederherstellung sucht, also, bei durch alle drei Instanzen gleichförmigen Urtheilen, wie in dem vorliegenden Falle, bei dem Gerichte erster Instanz. Allein diese Verfügung kann sich wohl nur auf solche Fälle beziehen, wo das Restitutionsgesuch auf neu aufgefundene Thatsachen und Urkunden gestützt wird; da aber, wo gegen ein Urtheil, wegen acten- und rechtswidriger Entscheidung, also wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen seiner Rechtsbeständigkeit, Restitution nachgesucht wird, da kann sie, wenn diese Mängel der Partei bekannt und von ihr in den vordern Instanzen gerügt sind, vernünftigerweise nur bei dem obersten Instanzgericht angebracht werden, indem es in seiner Competenz lag, den dießfallsigen, in der Oberappellationsinstanz vorgetragenen Beschwerden abzuhelfen, und es dadurch, daß es die Sache zu leicht und nachläßig behandelte, alle Schuld allein trägt.

Allein ein ungeschwächtes Vertrauen auf die Unbefangenheit desjenigen Gerichts, welches sich so auffallendes Versehen und Nachläßigkeit in Aburtheilung der Hauptsache hat zu Schulden kommen lassen, kann wohl der beschwerten Partei nicht zugemuthet werden, und es steht ihr daher nach §. 59 der Prozeßordnung ein Ablehnungsgesuch zu, um so mehr, als ihr nach §. 1382 ff. des Landrechts auch eine Indemnisations- oder Syndicatsklage gegen sämmtliche Mitglieder des urtheilenden Senats des Großh. Oberhofgerichts, wegen culposer Entscheidung und dadurch zugefügten Schadens zusteht.

Mit vollem Rechte hat daher Leonhard, nach Anweisung des §. 72, 3 der neuen Prozeßordnung sein Ablehnungsgesuch an das hohe Justizministerium gerichtet.

Es hat diese hohe Behörde in der Anlage 1 über das Recusationsrecht der Parteien seine besonderen Ansichten ausgesprochen, denen ich nicht beipflichten kann, und mir daher erlaube, sie einer kurzen Prüfung zu unterwerfen.

Ein Hauptgrund, warum in dem vorliegenden Falle die Ablehnung des zweiten Senats des Großh. Oberhofgerichts verworfen wurde, lag darin, weil nach §. 1251 der Prozeßordnung die Wiederherstellung gegen rechtskräftige Erkenntnisse bei demselben Gerichte Statt finde, von welchem urspr̈nglich das Urtheil mit den Bestimmungen ausgegangen, gegen die man Wiederherstellung sucht. Allein ich habe bereits gezeigt, daß dieser Paragraph nur bei solchen Fällen seine Anwendung findet, wo, gestützt auf neue Thatsachen oder Urkunden, nicht aber, wo gegen die culpa des Richters Restitution nachgesucht wird; und bei Urtheilen, welche in allen drei Instanzen gleichförmig sind, nur bei dem obersten Gerichtshofe, sobald die beiden ersten Instanzrichter sich gleiche culpa zu Schulden kommen ließen, und dieß in der Oberappellationsinstanz ausdrücklich gerügt und um Abhülfe gebeten wurde, indem es der Competenz des obersten Richters zustand, der Beschwerde abzuhelfen, er also noch allein die Schuld trägt.

Ein weiterer Hauptgrund der anliegenden Verwerfung der Recusation lag darin, weil bei einer Entscheidung, welcher es an wesentlichen Voraussetzungen ihrer Rechtsbeständigkeit mangle, keiner der in den §§. 56, 59, 60 und 61 der Prozeßordnung angeführten Ablehnungsgründe vorliege. Allein dieß ist offenbar irrig, wenn es dieß aber auch nicht wäre, irrelevant, und rechtfertigt die Verwerfung nicht.

Der Geist des Gesetzes beschränkt sich keineswegs auf die namentlich aufgeführten Recusationsgründe, es bezeichnet, nach

> Mittermaier, in seinen als Anlage Nr. 2 beigefügten Diktaten über die Motive der neuen Prozeßordnung

diese Gründe nur im Allgemeinen, es giebt nur Beispiele an, ohne zu erklären, daß nur die darin genannten Gründe zureichen sollen, und es sind daher auch ähnliche Gründe, worauf der Grundsatz des §. 59 paßt, ebenfalls zuläßig.

Es fragt sich nun, ob bei einem Richter, welcher durch grobes Versehen und Nachläßigkeit in Verhandlung und Aburtheilung eines Rechtsstreites wesentliche Mängel der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens oder des Urtheils herbeigeführt hat, ein solcher ähnlicher Grund vorhanden sei, worauf der Grundsatz des §. 59 Anwendung findet?

Es spricht dieser Paragraph namentlich die besorgte Befangenheit des Richters als Ablehnungsgrund aus, und unterstellt eine solche Besorgniß bei eintretender Betheiligung des Richters.

Das hohe Justizministerium will darunter nur den Fall eines directen oder indirecten, näheren oder entfernteren Parteiinteresses, keineswegs aber den Fall einer wegen Erlassung des angegriffenen Urtheils unterstellten Befangenheit des Richters verstanden wissen.

Allein nach Mittermaier war es die Absicht des Gesetzgebers, um das nöthige Vertrauen der Parteien zur Unparteilichkeit der Richter zu begründen, das Recht

derselben, ihr Mißtrauen geltend zu machen, auf das Aeußerste zu begünstigen, und wenn auch nach §. 70 der Prozeßordnung die Partei, welche einen Richter ablehnen will, die Gründe angeben und bescheinigen muß, so genügt es nach §. 395 ibid., wenn sie nur wahrscheinlich gemacht werden können.

Nun ist es aber doch gewiß die höchste Wahrscheinlichkeit, daß der Richter, welcher in der früheren (Oberappellations-) Instanz denselben Rechtsstreit durch grobes Versehen und Nachläßigkeit, also culpose, auf eine nichtige Weise entschieden hat, in der Restitutionsinstanz, nicht selbst diese seine culpa aussprechen, und sich so selbst den Stab brechen, sondern daß er vielmehr auf seiner culpa beharren werde. Eben so ist es nicht nur Wahrscheinlichkeit, sondern Gewißheit, daß der durch culpose Entscheidung in ihrem Rechte tief gekränkten Partei, auf die Unbefangenheit des sie verletzt habenden Richters kein ungeschwächtes Zutrauen zugemuthet werden kann. Daher hat der §. 60 der Prozeßordnung es ausdrücklich als eine, zur Ablehnung hinreichende Betheiligung erklärt, wenn der Richter in einer früheren Instanz als Richter gesprochen hat, und diese Bestimmung muß, nach dem Geiste unserer Gesetzgebung, besonders bei culposen Entscheidungen Platz greifen.

Allein abgesehen hievon, so liegt bei einer culposen Entscheidung wirklich ein Parteiinteresse vor, wie es das hohe Justizministerium zur Begründung der Ablehnung verlangt, denn durch seine culpa verletzt der Richter nicht in der Eigenschaft als Richter, er tritt aus dieser Eigenschaft, aus dem Kreise seiner Pflicht heraus, er verletzt als Privatmann, und unterliegt als solcher, denen im §. 1382 ff. des Landrechts ausgesprochenen allgemeinen Vorschriften über Entschädigung. Der Partei steht, wenn ihr durch den in Gemäßheit des §. 1261 der Prozeßordnung eingetretenen, unaufgehaltenen Vollzug des mangelhaften nichtigen Urtheils, vor erfolgter Restitution und Reformatoria, Schaden zugeht, ein Anspruch auf Entschädigung, und deßfalls eine Indemnisations- oder Syndicatsklage gesetzlich zu, und ihr daher der sie verletzt habende Richter, im Augenblick der angestellten Restitutionsklage schon, als Beklagter, zum mindesten als Litisdenunciat gegenüber, er hat daher bei der Entscheidung ein directes oder indirectes, näher oder entfernter liegendes Parteiinteresse, und ist folglich dabei, selbst nach der Ansicht des hohen Justizministeriums, im Sinne der §§. 59 und 60 der Prozeßordnung allerdings betheiligt. Läßt sich freilich die Partei einen solchen Richter gefallen, macht sie von ihrem Recusationsrechte keinen Gebrauch, so findet keine Einschreitung ex officio Statt, da bei uns die Verhandlungsmaxime eingeführt ist, und gesetzlich zustehende Wohlthaten Niemand aufgedrungen werden, dagegen aber auch dem, der sie in Anspruch nimmt, nicht versagt werden dürfen.

Nachdem ich gezeigt, daß die aufgestellten Rechtsfragen nach dem Geiste unserer neuen Prozeßordnung dahin beantwerden müssen:

1) daß auch gegen oberhofgerichtliche Urtheile eine Restitution im Sinne des §. 1253 der neuen Prozeßordnung überhaupt gesetzlich Statt findet, und daher vom Großh. Oberhofgericht, erstem Senat, mit Unrecht verworfen worden ist;

2) daß hierin nach §. 1244, 2 der neuen Prozeßordnung eine wahre Justizverweigerung liegt, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerdeführung Platz greift;

3) daß die Beschwerdeführung, da sie gegen den obersten Gerichtshof gerichtet ist, nach §. 1245 der neuen Prozeßordnung vor die oberste Staatsbehörde, also vor das hohe Staatsministerium gehört;

4) daß dieser hohen Behörde hiernach eine Einschreitung durch geeignete Weisung an den obersten Gerichtshof gesetzlich zusteht;

5) daß das Ablehnungsgesuch wegen besorgter Befangenheit des ersten Senats des Großh. Oberhofgerichts nach §. 59 und 60 der neuen Prozeßordnung gesetzlich begründet erscheint, und

6) in Gemäßheit §. 72, 3 der neuen Prozeßordnung mit Recht an das hohe Justizministerium gerichtet worden ist; —

so kann Leonhard getrost der Entscheidung seiner Beschwerde sowohl, als seines Ablehnungsgesuches durch die competenten obersten Staatsbehörden entgegen sehen. Sie werden keinen Augenblick darüber zweifelhaft seyn, in welcher Art und in welcher Ausdehnung sie hier einzuschreiten haben, um eine dem Gesetze entsprechende Erledigung des gesetzlich zuläßigen Restitutionsgesuchs durch die ordentliche Behörde und zwar durch unbefangene Richter herbeizuführn.

Zwar hat man bei mündlicher Empfehlung und Sollicitation dieser Angelegenheit von verschiedenen Seiten Zweifel über die Möglichkeit, in diesem speciellen Fall zu helfen, erhoben; allein sie rühren alle nur von der Ungewohnheit einer Beschwerde gegen den obersten Gerichtshof wegen Justizverweigerung und einer Ablehnung eines ganzen Senats und des Vorstehers dieses Collegiums her; sie werden schwinden, diese Zweifel, vor der siegenden Macht der Ge-

setze, deren Schutz keinem Unterthanen entzogen werden darf. Das hohe Staatsministerium hat dem Vernehmen nach die Erledigung der an Hochdasselbe durch das Gesetz verwiesenen Beschwerde dem hohen Justizministerium aufgetragen; allein es ist zu hoffen und zu erwarten, daß diese hohe Behörde auf die an sie zu richtende Bitte, in diesem für das Staatsinteresse selbst hochwichtigen, je nachdem er erledigt wird, in seinen Folgen unberechenbaren Fall, sich des ihr gesetzlich zustehenden belohnenden Rechts: gerechten Beschwerden abzuhelfen, nicht entäußern, der Erfüllung der ihm durch das Gesetz auferlegten heiligen Pflicht: die gekränkte Unschuld zu schützen, sich nicht entziehen, daß Hochdasselbe vielmehr die ihm anvertrauten Zügel mit sicherer Hand ergreifen und führen werde. Zu wünschen bleibt mir nur noch übrig, daß gediegene Juristen, Männer von Autorität und Gewicht, ihre Ansichten über diesen merkwürdigen Rechtsfall in diesen Blättern ebenfalls aussprechen möchten, eingedenk des alten Wahlspruches:

Fiat justitia, pereat mundus!

Heidelberg im Juni 1834.

Leonhard,
Obergerichtsadvocat.

Anlage Nr. 1.

Justizministerium.

Carlsruhe den 28. Februar 1834.

Nr. 1230. Wiedervorlage der Acten, In Sachen des Joh. Droll zu Weitenungen, Kläger, Restituenten, Beklagten, Oberappellaten, gegen Xaver Desers Erben zu Müllenbach, Bonifaz Deser und Aloys Mappert von Baden, Beklagten, Restituenten, Kläger, Oberappellanten, Litisdenunciaten, und Obergerichtsadvocat Roth zu Mannheim, Litisdenunciaten, Forderung.

Nr. 1231. Schriftlicher Vortrag in der nämlichen Sache.

Nr. 1232. Vorlesung dieses Vortrags.

Beschluß:

In Erwägung,

daß das unter Bezugnahme auf §. 1253 der Prozeßordnung wegen behaupteter Mängel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 24. Octbr. v. J. oberappellantischer Seits eventuell ergriffene Rechtsmittel der Wiederherstellung gegen rechtskräftige Erkenntnisse, nach §. 1251 der Prozeßordnung bei demselben Gerichte Statt findet, von welchem ursprünglich das Urtheil mit den Bestimmungen ausgegangen, gegen die man Wiederherstellung sucht;

daß daher die Erledigung dieses Rechtsmittels durch einen andern urtheilenden Senat, als von welchem das angefochtene Erkenntniß erlassen wurde, gegen den ausdrücklichen Inhalt des angeführten §. 1251 verstoßen würde;

daß es nicht weniger mit dem Inhalte des nämlichen §. 1251 im Widerspruche stehen würde, in der Behauptung, daß derjenige Gerichtssenat, welcher das angegriffene Urtheil erließ, in der Sache befangen erschien, für sich allein, und abgesehen von dem im §. 1252 Nr. 5 der Prozeßordnung genannten Fall, einen rechtsgültigen Ablehnungsgrund zu erkennen;

in Erwägung ferner, daß keiner der in den §§. 56, 59, 60 und 61 der Prozeßordnung aufgeführten Ablehnungsgründe vorliegt, beziehungsweise vorgebracht und bescheinigt worden ist, und

daß insbesondere der in dem §. 59 der Prozeßordnung gebrauchte Ausdruck: „Betheiligung" nur von dem Falle eines directen oder indirecten, näheren oder entfernteren Parteiinteresses, keineswegs aber von dem Falle einer, wegen Erlassung des angegriffenen Erkenntnisses unterstellten Befangenheit verstanden werden kann,

wird das gegen den zweiten Senat des Großh. Oberhofgerichts erhobene Ablehnungsgesuch, unter Verfällung des Oberappellanten in die durch dasselbe veranlaßten Kosten, als gesetzlich nicht begründet, vermöge §. 72 Nr. 3 der Prozeßordnung anmit verworfen.

v. Gulat.

In fidem copiæ:
Hebdäus.

Anlage Nr. 2.

Mittermaiers Dictate über die Motive zur Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden.

§. 9.

Grundsätze über die Recusation der Richter.

Um das nöthige Vertrauen der Parteien zur Unparteilichkeit der Richter zu begründen, mußte das Recht, ihr Mißtrauen geltend zu machen, auf das Aeußerste begünstigt werden.

Es war hier nöthig, die Recusation der Richter oder die Verwerfung wegen besorgter Befangenheit,

Art. 59,

von der Unfähigkeit zu trennen.

Der

Art. 60

bezeichnet die Fälle, in welchen der Richter gar nicht gültig Richter seyn kann, weil er gleichsam Richter in eigener Sache seyn würde.

Diese Gründe muß der Richter, wenn sie bei ihm eintreffen, ex officio anzeigen. Diese Gründe wirken auch, wenn keine Partei sich darauf beruft, und erzeugt Nichtigkeit der Verhandlungen, welche in jeder Lage des Prozesses von der Partei geltend gemacht werden kann.

Art. 56, 57, 58.

Bei der Recusation dagegen überläßt es das Gesetz der Partei, ob sie den Richter ablehnen will, oder nicht; thut sie es nicht, so bleibt das Verfahren gültig, weil die Partei durch ihr Schweigen ihr Vertrauen zu dem Richter aussprach. Die Ablehnung selbst aber ist an keine bestimmte Zeit im Prozesse gebunden, da die römischen Grundsätze über Litiscontestation keine Anwendung bei uns finden.

Art. 69.

In Bezug auf die Begründung der Recusation konnte es nicht der Partei überlassen werden, bloß durch einen Perhorrescenzeid den Richter abzulehnen,

Art. 71.

weil sonst die Partei, welche chikaniren wollte, zu viel Gelegenheit zur Verzögerung der Prozesse hätte, und weil dieser Eid von den Parteien um so weniger heilig geachtet wird, als er eigentlich nur ein Glaubens- oder Gefährdeeid (juramentum de credulitate s. calumniæ) ist. Die Partei muß daher die Gründe ihrer Recusation angeben und bescheinigen.

Art. 70.

Das letzte Wort ist in dem Sinne des

Art. 395

zu verstehen, und bezieht sich nur darauf, daß die Partei das Daseyn des Grundes wahrscheinlich machen muß. Das Gesetz mußte aber die Gründe der Recusation im Allgemeinen bezeichnen, und der darauf bezügliche Grundsatz ist im

Art. 59

aufgestellt.

Der

Art. 60

giebt nur Beispiele an, ohne zu erklären, daß nur die darin genannten Gründe zureichen sollen, daher sind ähnliche Gründe, worauf der Grundsatz des Art. 59 paßt, ebenfalls zuläßig.

Das Verfahren, wodurch diese Recusation zu begründen ist, mußte genau vorgeschrieben werden.

Art. 62, 72.

Für Uebereinstimmung mit den Originalen

Leonhard,
Obergerichtsadvocat.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 28. | Karlsruhe den 12. Juli 1834.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Ein Beispiel irregulären Verfahrens bei Ertheilung von Versäumungserkenntnissen.

Dertingen gegen Kembach.

Die Gemeinde Dertingen ist durch ein amtliches Erkenntniß vom 1. Septbr. 1832 für schuldig erkannt, innerhalb sechs Wochen, bei Vermeidung des Verlustes des Klagrechts, ihre Ansprüche auf das Markungsrecht an verschiedenen Felddistricten geltend zu machen. Dieses Urtheil erhielt am 22. Febr. 1833 die hofgerichtliche Bestätigung. Es wurde zwar dagegen die Oberberufung angemeldet, solche aber nicht fortgesetzt. Am 6. Juli 1833 stellte nun der Anwalt der Gemeinde Kembach auf den Grund der §§. 770 und 1201 der Prozeßordnung bei dem Untergerichte den Antrag, mittelst Versäumungserkenntnisses auszusprechen:

1) daß das angezeigte Rechtsmittel der Oberberufung wegen Versäumung der Aufstellung und Einführung der Beschwerden verfallen sei, und

2) daß das Klagrecht der Gemeinde Dertingen wegen nicht innerhalb der urtheilsmäßigen Frist von sechs Wochen angestellten Klage, in Beziehung auf die gerühmten Ansprüche an die Kembacher Gemarkung für erloschen zu erklären sei.

Diesem doppelten Antrage ward durch amtlichen Beschluß vom 16. Juli willfahrt. Am 19. ejusd. geschah die Zustellung dieses Beschlusses an den Bürgermeister zu Dertingen und am 27. ejusd. an den Anwalt dieser Gemeinde, welcher die Klage selbst am 10. August 1833 bei Amt übergab und um Wiederherstellung gegen den Beschluß vom 16. Juli bat, weil die Amts- und Manualacten mit den Urkunden erst vor Kurzem von Mannheim eingetroffen seien.

Allein am 12. August erkannte das Amt, in Erwägung,

1) daß dem Bürgermeister zu Dertingen schon am 19. Juli das Versäumnißerkenntniß vom 16. ejusd. zugestellt worden ist, also die Wiederherstellungsfrist und Klaganstellung nach §. 658 der Prozeßordnung schon mit dem 5. August abgelaufen war,

2) daß es auf die Zustellung dieses Erkenntnisses an den Anwalt hiebei nicht ankommt,

3) daß der Beweis des Vorhandenseyns eines der im §. 661 der Prozeßordnung erwähnten Gründe zur Erlangung einer Wiederherstellung nach Ablauf dieser vierzehntägigen Frist fehlt und

4) der Mangel der Manualacten auch keinenfalls als ein hinlänglicher Grund zur Wiederherstellung angenommen werden könnte; also diese und die damit verbundene Klage abgewiesen werden muß —

durch Urtheil zu Recht: daß eine Wiederherstellung gegen das Versäumnißerkenntniß vom 16. Juli 1833 und die damit verbunde Klage nicht Statt hat ꝛc. ꝛc.

Hierauf ergriff die Gemeinde Dertingen die Berufung und beschwerte sich, ohne auf den Gehalt der Hauptsache selbst einzugehen, gegen den ganzen Inhalt des amtlichen Erkenntnisses vom 16. Juli 1833. Als weitere Restitutionsgründe wurden in der Beschwerdeschrift noch angeführt, daß die Klage noch zeitig genug auf die Post gegeben und daß vielleicht nur die Ablieferung derselben an das Amt oder das Präsentatum verspätet worden sei, daß die Zustellung des Erkenntnisses nur an den Bürgermeister geschehen, welcher für sich allein, ohne vorherige Zusammenberufung des Gemeinderaths und Bürgerausschusses, nicht befugt gewesen sei, etwas zu thun; daß der Klägerin, weil die Formen der neuen Prozeßordnung dem Landmann noch nicht geläufig seien, der §. 658 hätte erklärt werden sollen; endlich daß die Gemeinde unter dem allenfallsigen Versehen ihres Bürgermeisters nicht leiden dürfe. Insbesondere ward zur Widerlegung des amtlichen Entscheidungsgrundes noch der §. 657 der Prozeßordnung angeführt, wornach das Versäumungserkenntniß auch dem Anwalt zugestellt werden müsse. Nach dem Petitum sollte die Wiederherstellung vom Oberrichter für statthaft erklärt und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Unterrichter zurückgewiesen werden.

In der appellatischen Vernehmlassung wurde gesagt: Man

könne aus der Beschwerdeschrift eigentlich nicht ersehen, wodurch sich die Appellantin beschwert finde oder gegen welches Erkenntniß sie die Berufung ergreife. Es heiße zwar darin, die Beschwerde bestehe in dem amtlichen Erkenntniß vom 16. Juli 1833; allein gegen dieses sei eine Berufung weder überhaupt noch innerhalb der gesetzlichen Frist angezeigt und eingeführt, vielmehr durch das Restitutionsgesuch, womit der Klage noch habe Eingang verschafft werden wollen, auf die Berufung gegen jenes Erkenntniß verzichtet. Endlich gehe der ganze Inhalt der Beschwerdeschrift und in specie das Petitum derselben darauf hinaus, daß die Wiederherstellungsklage zugelassen und über den Klagvortrag verhandelt werde; auch sei speciell gegen dasjenige Erkenntniß, welches die Wiederherstellung verworfen habe, die Berufung angezeigt worden. Mithin könne es sich in zweiter Instanz nur fragen, ob die gegen das Versäumungserkenntniß vom 16. Juli nachgesuchte Restitution von dem Unterrichter zugelassen werden mußte oder nicht? Denn das Erkenntniß selbst habe aus den angeführten drei Gründen unbezweifelt die Rechtskraft beschritten. Bei Beantwortung gedachter Frage könnten immer nur diejenigen Restitutionsgründe in Betracht kommen, welche Appellantin bereits in erster Instanz vorgetragen habe. So wenig überhaupt ein neuer Klaggrund in zweiter Instanz nachgeschoben werden dürfe, eben so wenig könnten zur Begründung einer Wiederherstellungsklage neue Gründe in zweiter Instanz vorgebracht werden. Der appellatische Anwalt bat daher, das amtliche Urtheil zu bestätigen.

In der mündlichen Schlußverhandlung suchte der appellantische Anwalt unter Anführung der §§. 125, 126 und 135 Nr. 11 der Gemeindeordnung noch darzuthun, daß die Zustellung des Erkenntnisses vom 16. Juli an den Bürgermeister nicht genügend, sohin für die Gemeinde unnachtheilig; ferner, daß ebengedachtes Erkenntniß von einem incompetenten Richter erlassen, also nichtig, endlich daß die urtheilsmäßige Frist zur Anstellung der Klage jedenfalls noch nicht abgelaufen sei ꝛc. ꝛc. — Der appellatische Anwalt bestritt die Zuläßigkeit und Relevanz dieser neuen Gründe hauptsächlich darum, weil sie weder in dem Wiederherstellungsgesuch noch in der Appellationsbeschwerdeschrift vorgetragen worden und überhaupt von der Art seien, daß sie nicht mehr beachtet werden dürften, weil die Berufung nicht gegen das Urtheil vom 12. August ergriffen, auch solche gegen ein Versäumungserkenntniß gesetzlich unstatthaft sei.

Auf diese Verhandlung ergieng am 23. Mai d. J. das hofgerichtliche Urtheil, wodurch das Erkenntniß vom 16. Juli, nebst dem Bescheid vom 12. Aug. v. J. aufgehoben und der Unterrichter angewiesen ward, auf die am 10. Aug. eingereichte Klage nunmehr das Geeignete zu verfügen.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß am 10. Aug. v. J., als der Anwalt der Appellantin die Klage wegen des von ihr in Anspruch genommenen Markungsrechtes einreichte, die gegen das hofgerichtliche, den Amtsbescheid vom 1. Septbr. 1832 bestätigende, Urtheil vom 22. Febr. v. J. angezeigte Oberappellation noch nicht vom Großh. Hofgericht für verfallen erklärt war, sohin in Gemäßheit der §§. 1201 und 1202 der Prozeßordnung diese Klage noch zeitig genug eingekommen ist;

In Erwägung, daß die von dem Amt durch Beschluß vom 16. Juli v. J. ausgesprochenen Desertoria als nach §. 1238 der Prozeßordnung, verglichen mit §. 1201 incompetenter erlassen, nichtig ist;

In Erwägung, daß die auf den Grund dieses Deserterkenntnisses in demselben Bescheide erfolgte Verfallenerklärung des Klagrechts der Appellantin selbst voreilig war, und darum als nicht geschehen zu betrachten ist, weil dieses Klagrecht vermöge §. 1202 der Prozeßordnung nur unter der Voraussetzung für erloschen erklärt werden konnte, wenn zuvor auf Anrufen der Gegenpartei die angemeldete Oberberufung durch den competenten Richter für verfallen erklärt und alsdann — aber erst nach Ablauf der vierzehntägigen Wiederherstellungsfrist und der in dem Bescheid vom 1. Sept. 1832 zur Klagerhebung präfigirten sechswöchentlichen Frist — um Vollstreckung dieses Erkenntnisses, mithin um Realisirung des angedrohten Präjudizes angesucht worden wäre, welche gesetzliche Vorschriften aber hier nicht beobachtet worden sind;

In Erwägung, daß eben deßwegen die Appellantin der zugleich mit ihrer Klage vom 7. August nachgesuchten Wiederherstellung nicht einmal bedurfte, um dieser Klage Eingang zu verschaffen;

In Erwägung, daß daher auch das Amt durch seinen Beschluß vom 12. August ganz mit Unrecht diese Klage für unstatthaft erklärt hat;

In Erwägung, daß die Bestimmung des §. 1238 der Prozeßordnung im zweiten Absatz hier nicht anwendbar ist, da der Unterrichter keineswegs, wie dort vorausgesetzt wird, die erhobene Klage in Gemäßheit des §. 358 als in Rechten nicht begründet für unstatthaft erklärt, vielmehr darum, weil er deren Erhebung als verspätet ansah, mithin, ohne über den Gehalt der Sache selbst erkennen zu wollen, abgewiesen hat; —

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Anmerkung. Die Verfallenerklärung eines Rechtsmittels ist kein eigentliches Versäumungserkenntniß, weil ihr weder die Androhung eines Rechtsnachtheils vorausgeschickt, noch durch sie ein Ausschluß gegen die säumige Partei erkannt, noch endlich ausgesprochen wird, was in der Sache selbst Rechtens seyn soll. Es findet daher

gegen eine solche Verfallenerklärung so wenig als nach §. 1178 der Prozeßordnung gegen eigentliche Versäumungserkenntnisse (wenn sie in den Schranken bleiben) eine Appellation, wohl aber in der durch die §§. 1200—1205 der Prozeßordnung bestimmten Weise ein Wiederherstellungsgesuch Statt, womit zugleich die Appellationsbeschwerdeschrift beigebracht werden muß. Ist aber die Desertoria von einem unzuständigen Richter ausgegangen, so muß dagegen eine Appellation wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens nach §. 1175 Nr. 3 eben so zuläßig seyn, wie nach §. 1178 gegen wahre Versäumungserkenntnisse, wenn die Beschwerde darin besteht, daß, der zugegebenen Versäumung ungeachtet, die als Folgen derselben gegen die säumige Partei ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß sind, oder das gesetzliche Maß überschreiten. Nun findet sich in dem amtlichen Beschlusse vom 16. Juli eine Desertoria mit einem wirklichen Versäumungserkenntniß gepaart. Die erstere ist incompetenter, das letztere vorschnell erlassen. Wäre das Amt befugt gewesen, die Oberberufung für gefallen zu erklären, so mußte doch von der Zustellung dieses Erkenntnisses an die vierzehntägige Frist zur Geltendmachung des Rechtsmittels offen gehalten werden, weil erst nach dem Ablauf dieses Termins die Rechtskraft des Urtheils vom 1. Septbr. 1832 eingetreten wäre, §. 388 der Prozeßordnung. Jetzt hatte die Gemeinde Dertingen noch eine urtheilsmäßige Frist von sechs Wochen zur Anstellung der Klage. Hätte sie dann auch diese Frist unbenützt verstreichen lassen, so konnte auf weiteres Anrufen der auffordernden Gemeinde Kembach der für diesen Fall angedrohte Rechtsnachtheil mittelst Versäumungserkenntnisses ausgesprochen werden, §. 770 der Prozeßordnung. An der Verfallenerklärung der Oberberufung mochte nun zwar der Gemeinde Dertingen nicht gelegen seyn, weil sie dieses Rechtsmittel doch nicht fortzusetzen gedachte; bei dem eigentlichen Versäumungserkenntniß hingegen durfte sie sich nicht beruhigen, wenn sie ihres Klagrechts nicht für immer verlustig werden wollte. Wenn es aber für sich klar ist, daß von einem Versäumungserkenntniß keine Rede seyn kann, wo kein Versäumniß vorliegt, so ist, unter Voraussetzung dieses, die Appellation nach §. 1178 der Prozeßordnung ganz gewiß zuläßig. Die Gemeinde Dertingen zog es indessen vor, erst Wiederherstellung bei dem Untergerichte zu suchen; da jedoch diese durch Beschluß vom 12. August verworfen ward, so mußte auch dagegen, nach §. 672 der Prozeßordnung, die Berufung zugelassen werden. Ungeschickterweise wurde aber die Appellation nicht sowohl gegen die Verfügung vom 12. August als vielmehr gegen jene vom 16. Juli ergriffen; allein die Beschwerde war doch zugleich mit gegen den letzten Beschluß gerichtet, weil ja der Antrag dahin gieng, die Wiederherstellung für statthaft zu erklären, und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Unterrichter zu verweisen. Was die Gemeinde Dertingen mit dem Wiederherstellungsgesuche nicht erzielen konnte, das suchte sie durch die Appellation zu erreichen. Ihre Tendenz, der Klage noch den Weg zu öffnen, blieb immer dieselbe. Wenn schon in dem Beschluß vom 16. Juli mehr als ein Fehlgriff lag, so machte jener vom 12. August das Maß noch voll; denn auch das Wiederherstellungsgesuch konnte nicht als verspätet angesehen werden, weil das monströse Erkenntniß vom 16. Juli nicht einmal verkündet war.

Nach den §§. 380, 385 und 386 der Prozeßordnung soll in der Regel jedes Urtheil mit den Entscheidungsgründen durch mündliche Eröffnung den Parteien verkündet und eine Belehrung über das zustehende Rechtsmittel ertheilt werden. Nur ausnahmsweise geschieht die Verkündung durch Ausfertigung des Urtheils, in Fällen nämlich, wo das Erscheinen entweder wegen großer Entfernung mit unverhältnißmäßigen Kosten oder mit andern ungewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden seyn würde. Ein solcher Ausnahmsfall lag aber hier nicht vor. Die allgemeine Regel des §. 380 erstreckt sich auch auf Versäumungserkenntnisse, von welchen noch überdieß der säumigen Partei und ihrem Anwalte eine schriftliche Ausfertigung zu behändigen ist, §. 657 der Prozeßordnung. War nun aber die mündliche Eröffnung gar nicht geschehen, so stand auf der einen Seite die Nothfrist zur Appellationsanmeldung (nach §. 1190) still *), während auf der anderen Seite das Anbringen des Wiederherstellungsgesuches keinen Verzicht auf die Appellation gegen das Versäumungserkenntniß involvirte, weil dagegen der Regel nach nicht die Berufung, sondern nur die Wiederherstellung zuläßig ist, §. 658 und 1178 der Prozeßordnung. Erst gegen den Beschluß, welcher die Wiederherstellung versagt, finden nach § 672 die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt. Zwar sind die von der Gemeinde Dertingen in der Klage und Appellationsbeschwerdeschrift angeführten Gründe unpassend und zur Wiederherstellung unzureichend; allein sie bedurfte keiner Gründe und keiner Wiederherstellung, weil ja kein Versäumniß vorgelegen war **). Ueberhaupt mußte der Oberrichter mehr auf die Beschwerde als auf deren Ausführung sehen, um erstere nach Lage der Acten im Gesetz begründet zu finden und offenbares Unrecht wieder gut zu machen.

Bayer.

*) Dieß ist wohl zu viel behauptet. Der §. 380 stellt es lediglich in das richterliche Ermessen, statt der mündlichen Urtheilseröffnung wegen damit verbundener unverhältnißmäßiger Kosten oder anderer Schwierigkeiten das Urtheil schriftlich einhändigen zu lassen. Wollte man nun davon, ob die Gründe zu einer ausnahmsweisen schriftlichen Einhändigung genügend, ob nämlich die Schwierigkeiten einer mündlichen Eröffnung groß oder klein waren, die Gültigkeit der Urtheilspublication selbst abhängig machen, so wäre des Prozessirens kein Ende und die bloß schriftlichen Einhändigungen würden gar nie eine Rechtssicherheit gewähren.

Zur Annahme, daß die Urtheilseröffnung, wenn sie ohne hinreichende Gründe schriftlich, statt mündlich geschah, deßhalb ungültig sei, ist aber überall kein gesetzlicher Grund ersichtlich. Der Richter mag, wenn er unordentlicherweise statt einer mündlichen die schriftliche Eröffnung anordnet, deßhalb eine Rüge verdienen. Daß aber die schriftliche Eröffnung als nicht geschehen angesehen werde, ist im Gesetze nicht gesagt, vielmehr läuft nach §. 1190 die Appellationsanmeldungsfrist in allen Fällen von der geschehenen mündlichen Eröffnung oder schriftlichen Einhändigung an, je nachdem die eine oder die andere geschah.

D. R.

**) Vergl. Jahrbücher des Oberhofgerichts, neue Folge, zweiter Jahrgang, erstes Heft, S. 4.

II.

Curiosum,

als Anhang zu vorstehendem Falle.

In einer bei dem unterrheinischen Hofgerichte erhibirten Vorstellung vom 26. April d. J. ward von dem Sachwalter angeführt: Er habe gegen das Erkenntniß des Bürgermeisters die Appellation an das Amt ergriffen, welches jedoch die Appellation als versäumt beurtheilt habe. Er habe dagegen remonstrirt und nachgewiesen, daß die Appellation nicht versäumt sei, weil der Bürgermeister innerhalb der Ferien sein Erkenntniß verkündet habe, mithin erst mit Ablauf der Gerichtsferien das fatale appellationis zu laufen beginne. Er habe in eventum Beschwerdeführung an das Hofgericht damit verbunden, das Amt habe aber letzterer nicht Statt gegeben, sondern fahre mit seinem Erkenntnisse voran. — Der Anwalt bat daher

1) die Acten von dem Amte abberufen zu lassen; damit zugleich
2) einen Einhalt mit allem weiteren Vollstreckungsverfahren in Gefolge des §. 1247 der Prozeßordnung zu verbinden, und demnächst
3) abändernd erkennen zu wollen, daß kein Versäumniß hier vorliege!

Bayer.

III.

Prozeßordnung. Ueber die Zahl der hofgerichtlichen Votanten in geheimen Sitzungen.

Ungeachtet die neue Prozeßordnung schon seit zwei Jahren in Anwendung ist, so besteht bei den Obergerichten doch noch eine abweichende Praxis darüber:

Wie viele Gerichtsmitglieder bei Ertheilung von Entscheidungen in geheimer Sitzung abzustimmen haben?

Bei einigen Gerichten wird als Regel angenommen, daß zu Fassung von Beschlüssen in geheimer Sitzung nur fünf Mitglieder (den Präsidenten einschließlich) mitwirken dürfen. Bei andern Gerichten dagegen wird von sämmtlichen anwesenden Senatsmitgliedern, auch wenn es sechs und sieben sind, abgestimmt.

Offenbar ist nun die erst erwähnte Uebung die richtige. Das Gesetz über Behandlung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, die Prozeßordnung, enthält keine Normen über die Organisation der Gerichte. Es mußten solche daher nachträglich durch die oberste Regierungsbehörde ertheilt werden; — was auch durch die höchste Entschließung aus dem Staatsministerium vom 12. April 1832 (Regbl. Nr. XXII.) geschah.

Diese Verordnung setzt im §. 4, verbunden mit §. 2, fest: „daß für Entscheidung aller Sachen, auf welche die neue Prozeßordnung anwendbar ist, jeder hofgerichtliche Senat aus vier Stimmführern, nebst dem Präsidenten bestehe."

Es ist hier nicht unterschieden zwischen Urtheilen und prozeßleitenden Verfügungen, nicht zwischen Sachen, welche in öffentlicher und dann, welche in geheimer Sitzung erledigt werden; die Verordnung ist so allgemein gefaßt, daß sie auf alle Aussprüche der Hofgerichte angewendet werden muß. Sie sagt auch nicht, daß ein Senat „wenigstens" aus der genannten Zahl von Mitgliedern zu bestehen habe, sondern sie spricht unbedingt: der Senat „besteht" aus so vielen Mitgliedern, — also weder aus weniger, noch aus mehr, als der genannten Zahl. Daß die Bildung eines zahlreicheren Senats insbesondere nicht statthaft ist, ergiebt sich noch ganz klar aus den weiter ertheilten Vorschriften über die Art, wie die Votanten aus den Mitgliedern — mit Ausschluß der jüngern — ausgewählt und ergänzt werden sollen, sodann aus dem §. 5 der Verordnung welcher die Organisation des, nur aus einem Senate bestehenden Hofgerichts der Seeprovinz zum Gegenstande hat.

Es folgt hieraus von selbst, daß, wenn ein hofgerichtlicher Senat mit Rücksicht auf die ihm obliegende Bearbeitung der Criminalien aus mehr als vier Räthen gebildet ist, daher in geheimer Sitzung außer dem Präsidenten noch mehr als vier Richter anwesend sind, bei Fassung von Beschlüssen in Civilsachen nach dem Respicienten (welcher nach §. 23 der allgemeinen Verordnung zuerst abstimmen muß) und dem Präsidenten (als zweiten Votanten) nur noch die drei ältesten der Anwesenden ihre Stimme abgeben dürfen und die übrigen Mitglieder als gar nicht in der Sitzung anwesend angesehen werden müssen.

Wenn man auch zugeben will, daß die Berathung einer größern Anzahl von Richtern, wegen mehrseitiger Beleuchtung der zu beurtheilenden Sache, für die Entscheidung von Werth sei, so würde man doch nicht consequent zu Werke gehen, wenn man in öffentlicher Sitzung, in der doch, der Natur der Sache nach, die wichtigsten Gegenstände zur Entscheidung vorliegen, nur fünf und bei den in geheimer Sitzung vorkommenden, in der Regel minder wichtigen Sachen, sechs und sieben Stimmführer auftreten lassen wollte.

Die Rechte der Partieen sind offenbar einer Gefährde ausgesetzt, wenn ein Gericht von der Norm abweicht, welche die gedachte organische, kein Gesetz abändernde und mit Gesetzeskraft bekleidete Staatsministerialverordnung von 1832 ertheilt, indem die Stimmen der Richter, welche verordnungsmäßig von der Entscheidung ausgeschlossen seyn sollen, oft ein ganz anderes Resultat herbeiführen können, als ohne Mitzählung dieser Stimmen erfolgt wäre.

Kirn.

Anmerkung der Redaction. Selbst wenn die Verordnung vom 12. April 1832 nicht einmal erlassen und die Zahl der einen Senat bildenden Richter gar nicht bestimmt wäre, dürften doch in keinem Falle Mitglieder in gerader Zahl dazu gezogen werden, weil sonst in vielen Fällen eine gültige Schlußfassung nach §. 1123 der Prozeßordnung gar nicht möglich wäre.

Nach diesem §. 1123 muß nämlich der Präsident immer mitstimmen, und einschließlich seiner Stimme müssen über die Hälfte aller Stimmen für einen Beschluß fallen, wenn er gültig seyn soll. Wären daher außer dem Präsidenten fünf, mit ihm also sechs Mitglieder vorhanden, und es würden drei Räthe ja, und zwei Räthe und der Präsident nein sagen, so wäre nach §. 1123 gar kein gültiger Beschluß vorhanden.

D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 29. | Karlsruhe den 19. Juli 1834.

I.

Erwiederung auf die Note der Redaction zu dem Aufsatze IV. in Nr. 25 (zweiter Jahrgang) der Annalen.

In der angezogenen Redactionsnote werden gegen den voranstehenden Aufsatz folgende zwei Behauptungen aufgestellt:

1) daß der Fiscus in dem fraglichen Prozeß des C. mit B. nicht nur den Antheil des unehelichen Kindes der A. von B. reclamiren, sondern auch, sich dem letztern anschließend, der Klage des C. begegnen durfte;

2) daß, wenn der Fiscus sein Begehren nur gegen B. gerichtet hätte, von einer Intervention gar kein Rede seie, diese daher als nicht vorhanden weder zugelassen, noch verworfen werden könne.

Die Redaction wird bei ihrer Unparteilichkeit der nachstehenden Erwiederung die Aufnahme nicht versagen.

ad 1) Wenn der Fiscus wirklich das von der Redaction unterstellte, doppelte Begehren gestellt hätte, so hätte er unseres Erachtens einen durch Klage zu verfolgenden selbstständigen Anspruch gegen B. mit der Vertheidigung gegen den Anspruch des C. cumulirt, er wäre somit zu gleicher Zeit in ersterer Beziehung als Hauptintervenient gegen beide Parteien, und in der andern Beziehung als Nebenintervenient, resp. Streitgenosse des B. gegen C. aufgetreten *).

*) In diesem Argumente ist ein kleiner Sprung. Es ist der Begriff eines Nebenintervenienten mit dem eines Streitgenossen verwechselt. Alle Nebenintervenienten werden Streitgenossen, aber nicht alle Streitgenossen sind zugleich auch Nebenintervenienten. Wenn nach dem §. 105 der Prozeßordnung der Nebenintervenient jedesmal zu derjenigen Partei, mit welcher er im Hauptstreite gleiches Interesse hat, ein Streitgenosse wird, so folgt daraus noch nicht, daß umgekehrt alle Streitgenossen auch Nebenintervenienten sind. Nur diejenigen Streitgenossen, welche durch eine Nebenintervention zu dieser Genossenschaft gelangen, sind Nebenintervenienten. Wer aber durch eine Hauptintervention oder auch sonst schon sogleich im Anfange des Prozesses nach §. 93 ein Streitgenosse wird, ist darum noch kein Nebenintervenient.

Ob eine solche Verbindung der Parteirollen erlaubt sei, muß dem Urtheile der Sachverständigen anheimgestellt werden.

Hiernach kann daraus, daß man nicht zugleich Hauptintervenient und Nebenintervenient seyn könne, für die Behauptung des Herrn Einsenders nichts abgeleitet werden; es müßte vielmehr, wenn das angedeutete Argument richtig seyn sollte, vorerst dargethan werden, daß der Hauptintervenient nicht Streitgenosse einer der Hauptparteien werden könne, wozu aber überall kein gesetzlicher Grund zu finden seyn wird.

Nach dem §. 100 der Prozeßordnung schließt das selbstständige Recht, welches ein Dritter durch eine Hauptintervention geltend macht, eine der streitenden Hauptparteien von dem Rechte, welches deren Parteirolle voraussetzt, ganz oder nur theilweise aus.

Im ersten Falle kann der Hauptintervenient nicht Streitgenosse einer der streitenden Hauptparteien werden, denn er tritt allein in die Stelle Derjenigen, die er ganz ausschließt, ein.

Im andern Falle aber, wo er die Hauptpartei nicht ganz, sondern nur hinsichtlich eines Theiles von dem durch ihre Parteirolle vorausgesetzten Rechte ausschließt, kann er allerdings Streitgenosse dieser, hinsichtlich eines Theiles des Streitgegenstands noch in ihrer Rolle bleibenden, Hauptpartei werden, wie nach §. 93 in allen Fällen, wo Mehrere an einem und demselben Streitgegenstand Antheil haben.

Der Unterschied zwischen dieser Streitgenossenschaft und jener, welche durch Nebenintervention veranlaßt wird, beschränkt sich übrigens keineswegs auf die verschiedene Entstehungsart, sondern erstreckt sich auch auf das Verhältniß beider Streitgenossen zu dem Streitgegenstande.

Diejenigen, welche durch eine Nebenintervention Streitgenossen wurden, haben am Streitgegenstand kein getheiltes Recht, die Hauptpartei bleibt ganz in ihren Rechten und der Intervenient übernimmt nur die Mitvertheidigung dieser nämlichen Rechte, die nicht ihm unmittelbar zustehen, hinsichtlich deren er aber ein Interesse dahin hat, daß die Hauptpartei in jenem Rechte geschützt werde. Dagegen hat Derjenige, welcher durch eine Hauptintervention Streitgenosse wurde, nicht nur ein Interesse, daß die Hauptpartei obsiege, sondern vielmehr, daß er hinsichtlich seines Antheils selbst obsiege. Er hat einen eigenen Theil am Streitobject, und nicht nur eine mittelbare Betheiligung. Er und die von ihm (hinsichtlich eines Theiles vom Streitobject) verdrängte Hauptpartei haben bei dieser Theilung ihrer Interessen nur in so fern eine Genossenschaft,

ad 2) In dem von dem Aufsatz unterstellten Fall war aber der Fiscus wirklich nur als Hauptintervenient aufgetreten, und hatte lediglich von B. die Herausgabe des Nachlasses des unehelichen Kindes der A. verlangt. Hier giebt die Redaction zu, daß von einer Intervention, wie auch in dem Aufsatz ausgeführt wurde, keine Rede sei, sondern das Begehren des Fiscus nur als eine, den Streit der Hauptparteien nicht berührende selbstständige Klage behandelt werden könne. Allein gerade daraus folgt, daß die nun einmal factisch angebrachte *) Hauptintervention als solche für unstatthaft erklärt, und das Begehren des Intervenienten auf den Weg der separaten Klage verwiesen werden mußte, und läßt sich unter dieser Voraussetzung nicht wohl einsehen, wie die Intervention geradezu als gar nicht vorhanden betrachtet, oder gegen die ausgesprochene Intention der Parteien von Amtswegen als separate Klage behandelt werden konnte, zumal in zweiter Instanz, und nachdem das Untergericht die Hauptintervention als solche zugelassen, und folgeweise den Hauptkläger C. aus seinem Streite mit B. gänzlich ausgewiesen hatte **).

als die beiderseitigen Antheile ein untheilbares Recht betreffen, oder doch auf demselben Rechts- oder Verbindlichkeitstitel beruhen. §. 93. D. R.

*) Quod erat demonstrandum. Wenn der Fiscus weiter nichts verlangte, als daß B. zur Herausgabe der Hälfte des fraglichen Nachlasses an ihn, den Fiscus, verfällt werde, so hat er factisch keine Hauptintervention, sondern eine selbstständige Klage angebracht. Wenn er in Bezug auf den Prozeß von C. gegen B. gar kein Begehren stellte, so kann man nicht sagen, daß er in diesem Prozesse intervenirte. D. R.

**) Da hat der Unterrichter ultra petitum erkannt, und aus diesem Grunde, nicht aber wegen Unstatthaftigkeit einer gar nicht angebrachten Intervention, war sein Urtheil aufzuheben.

Indessen ist, auch abgesehen hievon, gar nicht einzusehen, wie der Hauptkläger C. je aus dem Streite hätte ausgewiesen werden können. Dieser C. wäre ja, wenn der Fiscus auch wirklich intervenirt hätte, aus seiner Parteirolle durch den Fiscus in keinem Falle ausgeschlossen worden, sondern dieser Ausschluß hätte sich nur auf den natürlichen Vater B. bezogen.

Dieser Letztere vertheidigte gegen C. die aus der frühern Erbtheilung hervorgegangenen Rechte in Hinsicht auf drei Viertheile der ganzen Masse. Hinsichtlich zweier Viertheile wollte nun der Fiscus den B. von diesem Rechte ausschließen, indem er sie von ihm, als von dem Besitzer, herausforderte, wodurch er im Falle des Obsiegens, gegenüber dem C., hinsichtlich dieser zwei Viertheile in die Parteirolle des ausgewiesenen B. eingetreten wäre.

Der Hauptkläger C. verlangte keinen größeren Erbtheil, sondern nur eine Aenderung der Theilung nach dem Verhältnisse der Liegenschaften zu den Fahrnissen, — ihn konnte die Frage, ob der Antheil des natürlichen Kindes dem B. oder aber dem Fiscus gehöre? — nicht berühren, und die deßfallsige Intervention des Fiscus konnte nur die Ausweisung des B. bezwecken. An der rechtlichen Stellung des C. konnte dadurch nichts geändert werden, als daß dieser hinsichtlich zweier Viertheile einen andern Gegner erhielt; er selbst (C.) konnte aber dadurch in keiner Weise aus dem Streite ausgewiesen werden. D. R.

Schließlich möchte es mehr als zweifelhaft seyn, ob der Fiscus (was er aber nicht gethan hat) nur auch ausschließlich als Nebenintervenient des B. gegen den Anspruch des C. hätte auftreten können, weil es ihm zwar allerdings factisch nicht gleichgültig seyn konnte, ob er für seinen selbstständigen Anspruch mit Liegenschaften oder Fahrnissen belegt werde, allein die Nebenintervention ebenfalls ein rechtlich begründetes Interesse voraussetzt *), während der Fiscus als Rechtsnachfolger des unehelichen Kindes, somit an dessen Stelle nach L. R. S. 756 in Verbindung mit L. R. S. 826 nicht Erbe, sondern nur Gläubiger an dem Nachlaß der A., somit nicht berechtigt ist, seinen Antheil, wie die Hauptparteien

*) Man übersehe nicht, zwischen dem Legitimationspunkte und dem Verhältnisse in der Hauptsache zu unterscheiden!

Was den Legitimationspunkt, nämlich die Befugniß, zu interveniren betrifft, so wird diese schon allein dadurch begründet, daß der Intervenient ein Interesse dabei, daß diese oder jene Partei in der Hauptsache obsiege, nachweist.

Ein solches Interesse ist immer nur eine Thatsache, — ein rechtlich begründetes oder ungegründetes Interesse giebt es nicht, und die Begründung oder Nichtbegründung kann sich nur auf das Recht beziehen, bei dessen Anerkennung oder Verwerfung der Intervenient ein Interesse hat.

Ob aber dieses Recht selbst auch gegründet sei? — darauf kann es, so lang nur von der Befugniß, zu interveniren, und nicht von der Entscheidung der Hauptsache die Rede ist, nach den §§. 100 und 101 lediglich nicht ankommen.

Hatte der Fiscus ein Interesse dabei, daß gegenüber dem C. die frühere Abtheilung, beziehungsweise das dabei angenommene Verhältniß der Liegenschaften zu den Fahrnissen, aufrecht erhalten werde, so durfte er sich in diesen Streit einmischen, und erst nach seiner Zulassung war es alsdann an ihm, die auf ihn übergegangenen Rechte des natürlichen Kindes (an der Stelle des beklagten B., der sich in den Besitz dieser Rechte des natürlichen Kindes gesetzt hatte) zu vertheidigen, und sich namentlich darüber zu erklären, ob das natürliche Kind einen Anspruch auf die ihm zugetheilten Fahrnisse und Liegenschaften im Stück habe, oder sich deren Wiedereinwerfung gefallen lassen müsse rc. rc.

Unter dem Vorwande, daß die Rechte, welche die vom Hauptintervenienten (ganz oder theilweise) ausgeschlossene Partei im Hauptstreite anspricht oder vertheidigt, ungegründet seien, kann der Letztere nicht zum Voraus zurückgewiesen werden, denn darüber eben, ob jene Rechte gegründet seien oder nicht, wird ja erst der Prozeß geführt. Man könnte sonst eben so auch den Beklagten (B.) selbst unter der Erklärung, daß er ja doch nicht Recht habe, mit seiner Vertheidigung ausschließen. Man würde dabei seine legit. ad causam pass. (wie hier die Legitimation des Intervenienten) mit dem Rechte in der Hauptsache verwechseln. D. R.

B.*) und C. im Stück, sondern lediglich nach dem Gutfinden der Letztern in Geld oder Sachen zu verlangen, sein Anspruch auch rechtlich gegen beide Hauptserben B. und C. nach Verhältniß ihrer Erbtheile gerichtet, und es ihm um so mehr einerlei seyn mußte, wie die Erbschaft unter diesen vertheilt werde.

Haaß.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Entschädigung wegen aufgelösten Vertrags.

Mergentheim gegen Pfeiffer.

Am 16. Juni 1821 ließ das königl. würtembergische Cameralamt Mergentheim den ihm auf Kuprichhauser Gemarkung zustehenden Antheil am Zehnten auf achtzehn Jahre, d. h. bis 1838 einschließlich, durch öffentlichen Aufstrich unter Vorbehalt höherer Genehmigung in Pacht begeben, wobei Gerichtsschreiber Pfeiffer das Meistgebot that. Am 18. Juli 1821 wurde die Versteigerung mit dem Anfügen ratificirt: daß der Vertrag sich auflöse, wenn während der Pachtzeit eine Vertauschung oder sonstige Veränderung mit diesem Zehntgefäll eintreten sollte. Der Pachter unterschrieb die ihm eröffnete Ratificationsurkunde und trat sofort in den Pacht ein, welcher bis zum Jahr 1831 von beiden Seiten richtig gehalten ward. — Nun war aber in Würtemberg ein Gesetz erschienen, welches den Zehnten für ablösbar erklärt. Die Kuprichhauser Zehntholden, worunter auch Pfeiffer, entschlossen sich, den Würtemberger Zehntantheil abzulösen, welcher jedoch für das Jahr 1831 noch in natura gegeben werden sollte. Der Pächter hielt aber mit seiner Schuldigkeit für dieses Jahr zurück und als ihn das Cameralamt Mergentheim auf Zahlung belangte, erhob er eine Gegenforderung von 125 fl. 15 kr., die er als Entschädigung ansprechen zu können glaubte, weil die folgenden sieben Pachtjahre nicht ausgehalten würden. Er bezog sich zur Begründung dieses Anspruchs in quali auf den L. R. S. 1719 Nr. 3, wornach der Bestandgeber kraft der Natur des Vertrags verbunden ist, während der Dauer des Bestands dem Beständer den ruhigen Genuß der Sache zu gewähren. Hinsichtlich des Betrags der Entschädigung berief er sich auf eine Berechnung des Cameralamts, zufolge welcher sich der Pachtschilling für die weiteren sieben Jahre auf 375 fl. 47 kr. belaufen würde und nahm davon auf den Grund des L. R. S. 1744 und 1746 ein Drittel mit 125 fl. 15 kr. in Anspruch.

Das wiederbeklagte Rentamt brachte dagegen einwendend vor: Der Pachtvertrag habe ohne höhere Genehmigung nicht zum Vollzug kommen können, die Ratification sei aber nur mit der Clausel ertheilt worden, daß der Vertrag aufgelöst seyn soll, wenn während der Pachtzeit eine Vertauschung oder sonstige Veränderung mit dem Zehntgefäll vorgehe, der Pachter habe durch die Unterschrift und durch die That in diese Clausel eingewilligt; denn hätte er dieß nicht gewollt, so wäre es an ihm gewesen, sein Wort zurückzunehmen und von dem Pachte abzustehen, statt denselben anzutreten und bis zur Zehntablösung zu halten. Durch die Ablösung, welche das Cameralamt nicht habe verhindern können, weil sie durch ein allgemeines Gesetz erlaubt sei, habe der Pacht sein Endziel erreicht. Seit dem Eintritt dieser Veränderung, wozu der Wiederkläger selbst mitgewirkt habe, sei die Zehntherrschaft gar nicht mehr im Stande, den Pachtvertrag zu erfüllen, weil das Object durch die Zehntablösung untergegangen sei; wozu noch kam, daß der Pächter sich für den Fall der Vertragsauflösung keine Entschädigung bedungen habe, er könne daher eine solche auch nicht fordern und namentlich nicht auf den Grund des L. R. S. 1744, weil sich eine Zehntablösung keineswegs mit dem Verkauf von Feldgütern vergleichen lasse.

Der Wiederkläger hingegen hielt sich lediglich an den Versteigerungsact vom 16. Juni 1821, behauptend, daß die der Ratification vom 18. Juli einseitig beigefügte Clausel ihn nicht binden könne, um so weniger, als darin nicht gesagt sei, daß der Vertrag bei Eintretung einer Veränderung mit dem Zehntgefäll ohne Entschädigung aufgelöst seyn soll. Die für das Königreich Würtemberg ausgesprochene Ablösbarkeit des Zehntens berühre solche Liegenschaften nicht, welche dem badischen Staatsgebiete angehören. Auch habe die Ablösung, wozu er nur in seiner Eigenschaft als Gerichtsschreiber mitgewirkt, nicht auf einer Verbindlichkeit, sondern auf freier Willkühr des Cameralamts beruht, weil der Zehnte in Baden damals noch nicht für ablösbar erklärt gewesen sei. Da endlich die Entschädigungspflicht im Gesetz begründet sei, so habe es deßfalls keines besondern Gedings bedurft.

Der Unterrichter verurtheilte durch Bescheid vom 7. Febr. v. J. das Cameralamt zur Zahlung der geforderten Entschädigung, und zwar aus dem Grunde, weil nicht bedungen worden sei, daß der Vertrag, wenn während der Pachtzeit mit dem Zehntgefäll eine Veränderung vorgehe, ohne Entschädigung aufgelöst seyn soll.

Auf die dagegen an das unterrheinische Hofgericht eingewandte Berufung ward jedoch durch Urtheil vom 23. Mai d. J. abändernd zu Recht erkannt: daß der Wiederkläger, Appellat mit seiner Entschädigungsforderung ad 125 fl. 15 kr. unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen lediglich abzuweisen sei.

---

*) B. war ja hinsichtlich zweier Viertheile auch nur Rechtsnachfolger des unehelichen Kindes, in dieser Beziehung also nach L. R. S. 756 und 828 in der gleichen Lage wie der Fiscus, der ja eben hinsichtlich jener zwei Viertheile in die Rechte des B. eintreten wollte.

D. R.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß bei der Zehentversteigerung vom 16. Juni 1821 die höhere Genehmigung ausdrücklich vorbehalten und diese unterm 18. Juli 1821 nur mit dem Anfügen ertheilt worden, daß der auf achtzehn Jahre abgeschlossene Pachtvertrag sich auflöse, wenn während der Pachtzeit eine Vertauschung oder sonstige Veränderung mit diesem Zehentgefäll eintreten sollte;

In Erwägung, daß der Bestandnehmer Pfeiffer die Ratificationsurkunde, nach deren vorgängiger Eröffnung, eingestandenermaßen ohne alle Einsprache unterschrieben hat, sofort den Pacht angetreten, auch seine jährliche Schuldigkeit unweigerlich entrichtet und mithin durch alle diese Handlungen in die vorbemerkte Ratificationsclausel nach Maßgabe der L. R. S. 1108 a. und 1108 b. theils ausdrücklich, theils stillschweigend eingewilligt hat;

Nach Ansicht des L. R. S. 1168, besagend:

„Eine Verbindlichkeit ist bedingt, deren Wirksamkeit oder Fortdauer von einer künftig aufzuklärenden ungewissen Begebenheit abhängt.“

In Erwägung nun, daß für den Fall, wenn während der Dauer der Pachtzeit mit dem verpachteten Zehntgefäll eine Vertauschung oder Veränderung vorgehen sollte, die Auflösung des Bestands mit beiderseitiger Einwilligung bedungen worden;

In Erwägung, daß die im Jahr 1831 erfolgte Zehntablösung unbezweifelt als eine solche Veränderung anzusehen und daß sonach durch den Eintritt dieser auflösenden Bedingung die Verbindlichkeit des Bestandgebers zur Forthaltung des Vertrags in Gemäßheit des L. R. S. 1234 erloschen, beziehungsweis der Vertrag nach Ansicht des L. R. S. 1134 mit wechselseitiger Einwilligung widerrufen ist;

In Erwägung, daß demzufolge der Bestandgeber, indem er von der Zehntablösung an zur ferneren Haltung des Vertrags nicht mehr verpflichtet war, wegen Nichterfüllung desselben unmöglich zur Entschädigung angehalten werden kann, weil eine deßfallsige Verbindlichkeit allemal die unerfüllte Schuldigkeit, etwas zu geben, zu thun oder zu lassen, nach dem L. R. S. 1136 und 1142 nothwendig voraussetzt;

In Erwägung, daß der aus dem L. R. S. 1744 geschöpfte Klaggrund hier nicht anschlägt, weil der Gegenstand des Pachtes nicht in Feldgütern bestanden hat;

In Erwägung, daß daher der Bestandgeber durch die Verurtheilung zur Zahlung einer Entschädigungssumme von 125 fl. 15 kr. für die Dauer der nicht ausgehaltenen Bestandsjahre von 1832 bis 1838 einschließlich, so wie durch die Verfällung in sämmtliche Gerichtskosten und Anwaltsgebühren allerdings beschwert ist; —

Aus diesen Gründen 2c. Bayer.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Fragen aus dem Satz 2044 des Landrechts:

1) Ist ein mündlicher Vergleich gültig? und wenn dieß
2) kann solcher im Abläugnungsfalle durch Zeugen oder Eideszuschiebung erwiesen werden?

Gerner gegen Gerner.

Obige Fragen sind hierlands, wie in Frankreich controvers. Bei dem unterrheinischen Hofgerichte selbst bestehen hierüber verschiedene Ansichten. Ein Versuch zu ihrer Vereinigung, sohin zur Erzielung einer Gleichförmigkeit der Entscheidungen des nämlichen Gerichtshofes dürfte daher nicht überflüssig seyn.

Zu 1) In der öffentlichen Sitzung vom 20. Febr. d. J. hat der erste Senat in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheile sub rubro Puder gegen Fries ausgesprochen: „daß ein mündlicher Vergleich nichtig sei; weil Vergleiche nach L. R. S. 2044 schriftlich verfaßt werden müssen, die schriftliche Abfassung daher eine nothwendige Förmlichkeit ist, deren Mangel nach L. R. S. 6 k. Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat.“

Gerade so hatte der oberste Gerichtshofs schon früher in einem ähnlichen Falle die nämliche Frage mit einer eminenten Majorität entschieden,

Jahrbücher des Oberhofgerichts, sechster Jahrgang S. 189—191,

in der neuesten Zeit aber seine Ansicht wieder geändert und angenommen, daß die schriftliche Beurkundung nicht zum Wesen des Vergleichs gehöre, sohin auch dessen Gültigkeit nicht bedinge.

Jahrbücher, neue Folge, zweites Heft S. 134.

Für diese Meinung können als Autoritäten angeführt werden:

Brauer, Erl. Bd. IV. S. 53.

Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts (dritte Auflage) Bd. II. S. 433.

Delvincourt, Cours de code civil T. VII. lib. VII. art. 2044.

Pailliet, Manuel de droit français, art. 2044.

Dalloz, Jurisprudence, T. XXVII. p. 231.

Merlin, Recueil alphabetique de questions de droit. Edit. IV. T. XVI. p. 52—57.

Insbesondere ist Delvincourt der Ansicht, die Bestimmung: la transaction doit être rédigée par écrit — wolle nichts anderes sagen, als daß über diesen Vertrag, da er ein Mittel sei Prozesse beizulegen, nicht erst wieder gestritten werden soll: ob er denn wirklich zu Stande gekommen oder nicht?

Ihm scheint daher jene Vorschrift nur der Beweislichkeit, nicht aber der Gültigkeit und Wirksamkeit wegen gegeben zu seyn; denn ein Vergleich, welcher eingestanden sei, müsse vollzogen werden.

Merlin beruft sich für die gleiche Ansicht hauptsächlich darauf: daß die schriftliche Beurkundung nicht bei Strafe der Nichtigkeit geboten und daß von allen Beweismitteln das Geständniß der Betheiligten das zuverläßigste und beste sei. Er führt namentlich auch die lex 4 Dig. de fide instrum. an, welche sagt: „fiunt enim scripturæ, ut quod actum est, facilius probari possit; et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem.“

Nach einer ausführlichen Erörterung verläßt Merlin diesen Gegenstand mit der Bemerkung: Noch sei kein Beispiel vorgekommen, daß eine Partei, indem sie einen ihr opponirten Vergleich freiwillig eingestanden, es gewagt hätte, vor Gericht zu behaupten, dieser Vergleich müsse als nicht geschehen betrachtet werden! — Ist diese Meinung nach dem code civil die richtigere, so fragt es sich doch: ob unser Zusatz 6 k. hieran nichts ändere? Man wird dieß ungeachtet der dispositio præceptiva des L. R. S. 2044 verneinen müssen, weil das Gesetz die Gültigkeit des Vergleichs nicht von der schriftlichen Beurkundung abhängig macht, weil es für den Unterlassungsfall nirgends die Nichtigkeit androht.

Wenn man also auch annimmt, daß der gebietende Ausdruck „muß“ die Scriptur als eine nothwendige Förmlichkeit oder Feierlichkeit vorschreibt, so bleibt doch immer noch unausgemacht: wozu und ob zur Gültigkeit oder zur Beweislichkeit des Vergleichs? Es ist kein Grund einzusehn, warum die Urkunde gerade zur Gültigkeit dieses Vertrags erforderlich seyn soll, da doch Rechtsgeschäfte im Zweifelsfall für gültig und wirksam zu achten sind. Wo das Gesetz, wie z. B. bei Eheverträgen, Schenkungen, Testamenten u. dgl. den schriftlichen Aufsatz zur Gültigkeit des Geschäftes selbst fordert, da ist in dessen Ermanglung das Geschäft eben so nichtig, als in jenen Fällen, wo es die Nichtigkeit ausdrücklich androht, wo hingegen das Gesetz, wie z. B. der L. R. S. 1325, nur die Gültigkeit einer Urkunde an gewisse Formalitäten knüpft, ohne auf den Nichtbeobachtungsfall das Geschäft selbst mit der Nichtigkeit zu bedrohen, da muß letzteres, so fern es sonst erwiesen ist, aufrecht erhalten werden.

Nun ist aber für die Beurkundung eines Vergleichs von dem Gesetz nicht einmal ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben; er kann durch öffentliche Urkunde oder durch Privatunterschrift geschlossen werden, wie nach L. R. S. 1582 der Verkauf, welcher auch unbeurkundet gilt. Ist aber der Bestand und Inhalt eines Vergleichs unbestritten, sohin eines Beweises durch Urkunde nicht mehr bedürftig, so wird die Absicht des Gesetzgebers eben so gut erreicht, als wenn der Vertrag geschrieben vorliegt. Ein solcher mündlicher Vergleich steht mit dem schriftlichen auf gleicher Stufe. Es ist aller Streit über sein Daseyn beseitigt, mag auch sein Inhalt gedeutelt und verdreht werden, wie er will; denn dagegen schützt auch die Schrift nimmermehr. Die Urkunde ist nur des Beweises wegen als nothwendig vorgeschrieben.

Zu 2) Hält man übrigens dafür, daß ein ungeschriebener Vergleich schlechthin nichtig sei; so ist man schon über die Frage hinweg, ob er im Läugnungsfalle durch Eideszuschiebung oder durch Zeugen erwiesen werden könne? Man muß diese Frage aber auch verneinen, selbst wenn man der Meinung zugethan ist, daß nur der eingestandene mündliche Vergleich in seiner Wirkung dem schriftlichen gleich zu stellen sei.

Was zuvörderst

a. den Zeugenbeweis betrifft, so sind die oben allegirten Rechtslehrer darüber einig, daß solcher nicht Statt finde, um die Existenz eines Vergleichs darzuthun. Der Satz 1341 schließt in der Regel überall den Zeugenbeweis aus, wo von einem Rechtsgeschäft die Rede ist, welches die Summe oder den Werth von 75 fl. übersteigt. Der S. 2044 geht aber noch weiter, indem er ohne Rücksicht auf die Summe, welche den Gegenstand des Vergleichs bildet, (quelle que soit d'ailleurs la valeur de l'objet) die schriftliche Beurkundung fordert, also auch dann, wenn es sich um weniger als 75 fl. handelt. Nur wenn man die Verfügung des S. 2044 so versteht, kommt man nicht in den Fall, sie für einen Pleonasmus erklären zu müssen. Merlin a. a. O. läßt jedoch den Zeugenbeweis in Fällen zu, wo der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist. Er beruft sich in dieser Beziehung auf eine Ordonnanz von 1667, die schon das bestimmt, was der Art. 1341 verordnet; nur mit dem Unterschiede, daß nach jener der Zeugenbeweis selbst bei einer Summe von 100 Livres unzuläßig war; ferner auf eine Ordonnanz von 1673, deren Inhalt, mit derselben Modification, sich im Art. 1834 wiederholt findet; endlich auf eine Entscheidung des Cassationshofs vom 16. April 1806, welche ausspricht: daß ein Gesellschaftsvertrag durch Zeugen erwiesen werden könne, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorliege. Nun glaubt Merlin, daß das, was von dem Gesellschaftsvertrage gilt, auch von dem Vergleiche gelten müsse, weil nicht anzunehmen sei, daß der Art. 2044 eine so große Neuerung in der französischen Jurisprudenz habe einführen wollen ꝛc. ꝛc.

Dieser Schluß verträgt sich indessen nicht mit den Regeln der Logik. Wäre er aber auch richtig, so müßte es doch immerhin sehr zweifelhaft bleiben, ob bei der Societät der Zeugenbeweis zuläßig sei, wenn der Anfang eines schriftlichen

Beweises vorhanden ist; weil der §. 1834 den Zeugenbeweis selbst da nicht zuläßt, wo eine Summe unter 75 fl. in Frage steht. Es ist dieß eine singuläre Bestimmung, die den Zeugenbeweis noch mehr beschränkt, als der §. 1341, und daher die Extension der Ausnahme des §. 1347 auf den Gesellschaftsvertrag im höchsten Grade bedenklich macht, dieß schon darum, weil Ausnahmen strengstens zu interpretiren sind. Dazu kommt aber noch, daß der badische Richter, nach Zusatz 4 a., auf Rechtsähnlichkeiten nur dann eingehen soll, wenn ihm ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt, was doch in Ansehung des §. 2044 wohl nicht der Fall ist, da die Vorschrift: „dieser Vertrag muß schriftlich verfaßt werden," an Bestimmtheit nichts zu wünschen übrig läßt.

Es dürfte daher allerdings die Ansicht den Vorzug verdienen, daß bei dem Vergleiche der Zeugenbeweis unbedingt zu verwerfen sei, gleichviel ob der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist oder nicht.

Nun ist aber noch zu erörtern:

b. ob die Existenz eines Vergleichs durch Eideszuschiebung erwiesen werden könne?

Auf den ersten Blick scheint die Bejahung dieser Frage keinem Anstand zu unterliegen, weil man nach L. R. S. 1358 über jede Art der Streitigkeiten seinem Gegner den Haupteid zuschieben darf, nach §. 568 der Prozeßordnung diejenigen allein ausgenommen, welche nicht der Gegenstand des Vergleichs seyn können. Diese Beschränkung hat ihren Grund unstreitig darin, daß der Gesetzgeber die Uebereinkunft der streitenden Theile, das Schicksal eines Prozesses von der eidlichen Versicherung eines Betheiligten abhängig zu machen, als eine Art von Vergleich ansieht. Nun wäre es aber etwas ganz Eigenes, wenn man die Gegenpartei durch Eideszuschiebung zwingen könnte, einzugestehen oder abzuläugnen, daß sie sich verglichen habe. — Hingegen ist es wahr, daß die Eidesdelation nicht selten zu einem Vergleiche Anlaß giebt, weil Mancher, um nicht schwören zu müssen, sich lieber zur Nachgiebigkeit herbei läßt. In diesem Betracht erscheint die Eideszuschiebung wohl als ein Mittel, Vergleiche zu Stand zu bringen, welches aber nicht geeignet ist, Vergleiche zu beweisen.

Der durch das zweite Einführungsedict wieder cassirte L. R. S. 1360 b. enthielt die Bestimmung:

„Wo das Gesetz eine schriftliche Verfassung zur Beweislichkeit des Vertrags fordert, da kann über dessen Daseyn und Inhalt der Eid nur in so weit zugeschoben werden, als zugleich die geschehene schriftliche Verfassung mit auf den Eid gegeben wird."

Wenn nun aus der Aufhebung dieses Satzes gefolgert werden wollte, daß man jetzt einen Vertrag, dessen schriftliche Fassung versäumt worden, durch den Haupteid klagbar machen könne, —

Brauer, Erl. Bd. IV. S. 580, Note 26.

Jahrbücher, neue Folge, zweites Heft S. 135.

so scheint hierbei unerwogen geblieben zu seyn, daß der Gesetzgeber, indem er sich zur Einschaltung des S. 1360 b. veranlaßt fand, nothwendig von der Ueberzeugung geleitet seyn mußte, daß zum Beweis der Existenz eines an schriftliche Beurkundung gebundenen Vertrags die Eidesdelation nicht Statt finde; denn sonst hätte er sie nicht bedingungsweis zugelassen. Aus der Aufhebung des S. 1360 b. folgt daher, daß über Daseyn und Inhalt eines Vertrags, welcher schriftlich verfaßt werden muß, die Eideszuschiebung nicht mehr Statt hat. Hierdurch ist aber der Editionseid nicht ausgeschlossen.

Merlin a. a. O. referirt einen Fall, welchen der Gerichtshof zu Montpellier durch Urtheil vom 5. Decbr. 1825 dahin entschieden hat: daß zum Beweis eines mündlichen Vergleichs die Eideszuschiebung unzuläßig sei, parceq'un acte de cette nature doit être rédigé par écrit. Die hiergegen ergriffene Cassation ward verworfen, weil schon ein rechtskräftiges Urtheil vom 1. Juni 1824 in Mitte gelegen war. Ueber den vorhin angeführten Entscheidungsgrund hat sich aber der Cassationshof nicht ausgesprochen, und zwar, weil derselbe nach Merlins Unterstellung diesen Grund nicht gebilligt haben dürfte. Man mag übrigens aus dem Stillschweigen des Cassationshofs über den auf dem Art. 2044 beruhenden Entscheidungsgrund vermuthen, was man will, so wird man doch zugeben müssen, daß die Disposition des Art. 2044 alle Bedeutung verliert, wenn außer der Scriptur noch andere Beweismittel zugelassen werden. Mit weit mehr Grund ließe sich behaupten, daß der Gesellschafts- und Hinterlegungsvertrag durch Eidesdelation erwiesen werden dürfe, weil in den L. R. S. 1834 und 1923 — die doch schriftliche Beurkundung fordern — nur der Zeugenbeweis ausdrücklich untersagt ist. Denn daraus kann man etwa folgern, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sei, andere Beweismittel, wie namentlich den Haupteid, bei den gedachten Vertragsarten auszuschließen; weil er sich sonst nicht bloß auf das Verbot des Zeugenbeweises beschränkt haben würde.

Wir gehen nun zu dem Falle über, welcher durch die Rubrik dieses Aufsatzes angedeutet ist.

Auf Ableben des Lorenz Gerner von Sindolsheim wurde zum Behuf der Vermögensauseinandersetzung und Abtheilung zwischen der Wittwe und ihren Stiefkindern ein Inventar aufgenommen. Der mit diesem Geschäft beauftragte Theilungscommissär schrieb am 23. Januar 1833 einen Vergleich nieder, welcher von sämmtlichen Betheiligten, mit Ausnahme der Wittwe, unterzeichnet und anerkannt ist. Die Letztere

erklärte am 29. Januar vor dem Theilungscommissär, daß sie den Vergleich nicht halte, weil sie anders berichtet sei, und sie jedenfalls auf einem Leibgeding bestehen müsse. Sie könne nicht in Abrede stellen, gedachten Vergleich abgeschlossen zu haben, sie sei aber in der Meinung gewesen, sie bekomme das Leibgeding dazu; ihr Schwager in Hohenstadt habe ihr ausdrücklich befohlen, den Vergleich nicht zu halten.

Der Theilungscommissär bemerkte hierauf zu Protocoll: der Vergleich sei Abends fünf Uhr durch feierlichen Handschlag zwischen den Contrahenten beendigt worden; man habe ihn jedoch, ehe der Vergleich niedergeschrieben werden konnte, schleunig nach Eberstadt berufen, um dort ein Testament aufzunehmen; die Parteien hätten daher versichert, daß sie den Vergleich den andern Morgen unterschreiben wollten.

Am 24. Januar habe er dann in aller Frühe den Vergleich aufgesetzt und die Parteien zur Unterzeichnung einbestellt; die Wittwe sei aber nicht erschienen rc. Die Richtigkeit dessen ward von den beigezogenen Urkundspersonen und anwesenden Verwandten der Interessenten durch Unterschrift bestätigt.

Die Stiefkinder klagten nunmehr gegen die Wittwe auf Vollzug des Vergleichs. Die Beklagte wendete aber ein, daß der Vergleich nicht zu Recht bestehen könne,

1) weil er in Bezug auf sie nicht schriftlich verfaßt,
2) weil er nicht so, wie verabredet, niedergeschrieben und
3) weil sie dadurch verkürzt sei.

Das Untergericht erkannte jedoch den Vergleich auch für die Beklagte gültig und rechtsverbindlich und wies sie, unter Verfällung in die Kosten, mit ihrer dagegen erhobenen Einsprache ab.

Sie appellirte an das Hofgericht (zweiten Senat), legte durch Zwischenbescheid vom 8. Novbr. 1833 den Klägern den Beweis auf: daß die Beklagte zu dem fraglichen Vergleich in rechtsverbindlicher Weise ihre Zustimmung gegeben habe.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß das den Amtsrevisoratsacten anliegende Protocoll, den zwischen beiden Theilen angeblich zu Stand gekommenen Vergleich enthaltend, einestheils nach L. R. S. 1317 als öffentliche Urkunde nicht angesehen werden kann, indem solches zwar von dem Theilungscommissär, jedoch nicht kraft seiner Amtsobliegenheit, sondern lediglich als Vermittler zwischen den streitentenden Theilen aufgenommen wurde *); anderntheils nach der Verordnung vom 7. März 1810, Regbl. Nr. XI. ein Vertrag, welcher selbst aus den gerichtlichen Verhandlungen beiläufig hervorgeht, wie das bei Vergleichen der Fall ist, durch die Unterschrift der Parteien gedeckt werden muß;

In Erwägung, daß sonach diese Urkunde wegen mangelnder Unterschrift der Beklagten gegen dieselbe nicht den Beweis liefert, daß sie in den Vergleich, wie er in gedachter Urkunde enthalten ist, eingewilligt habe;

In Erwägung, daß dieser Beweis auch nicht daraus entnommen werden kann, daß dieselbe nach den Amtsrevisoratsacten erklärt hat: „sie könne nicht in Abrede stellen, gedachten Vergleich abgeschlossen zu haben, sei aber der Meinung gewesen, sie bekomme das Leibgeding dazu," indem diese Erklärung nicht als gerichtliches, nach L. R. S. 1356 vollbeweisendes Geständniß angesehen werden kann, weil dasselbe weder vor besagtem Gericht abgelegt, noch durch Unterschrift der Transigentin beglaubigt ist;

In Erwägung, daß daher die Einwilligung der Beklagten in den angegebenen Vergleich nach L. R. S. 1315 von den Klägern erwiesen werden muß, dieser Beweis aber als relevant erscheint, da die schriftliche Abfassung nach L. R. S. 2044 nicht zur Gültigkeit, sondern nur zur Beweislichkeit des Vergleichs gehört;

In Erwägung endlich, daß die Einrede der Verletzung über ein Viertel irrelevant ist, da solche nach L. R. S. 887 und 888 nur bei Erbtheilungen von den Miterben vorgeschützt werden kann, Beklagte aber nicht als Miterbin der Kläger — die alleinige Erben ihres Vaters sind — angesehen werden kann **), vielmehr ihr eigenthümliches Vermögen, und als Vermächtnißnehmerin die ihr durch Ehevertrag zugesicherte lebenslängliche Versorgung reclamirt, daher hier die Bestimmung des L. R. S. 2052, wornach Vergleiche wegen Verkürzung nicht angefochten werden können, als maßgebend erscheint;

Aus diesen Gründen u. s. w.

Die Kläger traten den auferlegten Beweis, behauptend, daß wenigstens eine schriftliche Einleitung im Sinne des L. R. S. 1347 vorliege, mit Zeugen an. Eventuell ward der

*) Dieser Grund dürfte nicht ganz richtig seyn, denn die Amtsrevisoren und ihre Gehülfen haben nach dem §. 7 des zweiten Einführungsedicts im Allgemeinen Staatsschreibereirecht, es liegt also in ihren Amtsobliegenheiten, Verträge jeder Art zur öffentlichen Urkunde zu bringen, wie dieß auch schon durch den §. 39 a. des Organisationsedicts von 1809 lit. C. begründet ist.

Wenn es gleich nicht in der Amtspflicht des Theilungscommissärs lag, einen Vergleich zu unterhandeln, so lag es doch in seinem amtlichen Wirkungskreis, über den zu Stand gekommenen Vergleich auf Verlangen der Parteien nach S. 1317 eine öffentliche Urkunde aufzunehmen. D. R.

**) Wenn die Ehegatten in einer Gütergemeinschaft lebten, so finden nach dem L. R. S. 1476 die Sätze 887 und 888 auch bei der Theilung zwischen ihnen, beziehungsweise zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen, Anwendung. D. R.

Beklagten zugleich der Eid dahin zugeschoben: daß sie ihre Einwilligung zu dem fraglichen Vergleiche nicht ertheilt und solchen seinem ganzen Inhalte nach mit ihren Stiefkindern nicht abgeschlossen habe?

Die Beklagte widersprach die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises sowohl nach der Größe des Objects, als nach der Natur des Vertrags, erklärte sich übrigens zur Ausschwörung des Eides bereit. Bevor jedoch die Sache zur Schlußverhandlung gediehen war, ist die Eintheilung des Hofgerichts in drei Senate zu Stande gekommen. Wenn es daher auffallen sollte, daß die Ansicht, welche dem Endurtheile zum Grunde liegt, von derjenigen, auf welcher das Beweiserkenntniß beruht, merklich abweicht, so erklärt sich dieß daraus, daß jenes von dem dritten und dieses von dem vormaligen zweiten Senate ausgegangen ist.

Es ward nämlich unterm 18. April d. J. abändernd erkannt: daß die Kläger mit der erhobenen Klage unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen lediglich abzuweisen seien.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß nach der bestimmten Vorschrift des L. R. S. 2044 jeder Vergleich schriftlich abgefaßt werden muß, mithin stets nur durch Urkunden erwiesen werden kann und dieß aus dem ganz natürlichen Grund, weil nach dem angeführten Landrechtssatze jeder Vergleich den Zweck hat, einen schon entstandenen Rechtsstreit beizulegen oder einem besorglichen Prozeß zuvorzukommen, dieser Zweck aber mit Sicherheit nur dann zu erreichen ist, wenn der Wille der Transigenten durch die Schrift festgehalten wird, keineswegs aber, wenn, um das Daseyn und die einzelnen Bestimmungen eines Vergleichs zu erkennen, erst ein neues gerichtliches Verfahren zur Erhebung und Würdigung bloß unvollkommener Beweise darüber nothwendig seyn würde, während nach S. 2049 bei Vergleichen so viel auf die von den Parteien gebrauchten Ausdrücke ankommt und davon nach Satz 2052 so wichtige Rechtsfolgen abhängen;

In Erwägung, daß daher bei Vergleichen der Zeugenbeweis unbedingt ausgeschlossen ist, es mag im einzelnen Fall der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden seyn oder nicht;

In Erwägung, daß dem auch der Satz 1347 nicht entgegenstehen kann, weil dieser die Regel für Rechtsgeschäfte überhaupt, der S. 2044 aber die Ausnahme für Vergleiche enthält;

In Erwägung, daß eben deßwegen zur Erweisung eines Vergleichs auch die Eideszuschiebung nicht zulässig seyn kann und auf dieses Rechtsgeschäft die L. R. S. 1358 und 1360, dann §. 568 der Prozeßordnung, welche nur vorschreiben, was der Regel nach gelten soll, nicht anwendbar sind;

In Erwägung, daß folglich — weil ein Vergleich ohne die Einwilligung aller einzelnen Transigenten gar nicht besteht — auch die Zustimmung des Einen von ihnen weder mit Zeugen noch durch Eidesdelation erwiesen werden kann;

In Erwägung endlich, daß nach §. 406 der Prozeßordnung der Richter befugt ist, von der dem Beweiserkenntnisse zum Grunde liegenden Ansicht wieder abzugehen, um einer andern Ueberzeugung zu folgen; —

Aus diesen Gründen 2c. 2c.

Anmerkung. Wenn in dem ersten Absatz dieser Entscheidungsgründe ausgesprochen werden wollte, daß ein ungeschriebener Vergleich nicht durch Geständniß erwiesen werden könne, so möchte dieß der Ansicht der Majorität (von vier Stimmen gegen eine) nicht gemäß, sondern wohl eher als ein Redactionsfehler zu betrachten seyn.

Bayer.

IV.

Anfrage.

Zur Verständigung der Bürgermeister, welchen im §. 41 der Gemeindeordnung die Verwaltung der Ortspolizei übertragen ist, wird darüber näherer Aufschluß gewünscht: ob, und in wie fern die in Urlaub befindlichen Soldaten der Strafgewalt der Bürgermeister nach Maßgabe des §. 51 ibid. unterliegen, da solche dort unter den Ausnahmen nicht aufgezählt sind?

Anmerkung der Redaction. Das Großh. Staatsministerium hat in einem dahin gelangten speciellen Falle entschieden, daß der §. 51 der Gemeindeordnung als ein allgemeines Gesetz dem besonderen Gesetze über den Gerichtsstand des Militärs vom 9. Decbr. 1803 im Regierungsblatt von 1804 Nr. 2 §. 14, 19 und 20 nicht derogire, dieses letztere also noch fernerhin wie vor dem Erscheinen der neuen Gemeindeordnung zur Anwendung kommen müsse.

D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe den 26. Juli 1834.

I.

Beispiel einer Erhöhung der Lehenlasten bei der Wiederverleihung eines heimgefallenen Schupflehens nach §. 4 des Gesetzes vom 15. Novbr. 1833.

Durch den Tod der Fr. J. Hahns Wittwe wurde das von derselben innegehabte, der Stadt Ü. gehörige, Schupflehen heimfällig.

Ihr Sohn kann nun, da die Erforderniſſe des §. 1 des Gesetzes vom 15. Novbr. 1833 (Regbl. S. 261) in der dortigen Gegend vorhanden sind, die neue Belehnung fordern, und es erhebt sich nur die Frage, ob die Stadt nicht etwa nach §. 4 eine Erhöhung der bisherigen Leistungen der Belehnten, insbesondere der zuletzt verstorbenen Inhaberin (Fr. J. Hahns Wittwe) verlangen könne?

Die bisherigen Leistungen waren:

a. der jährliche Kanon: 10 fl. in Geld, 3 Malter Vesen, und 2½ Malter Haber (im alten Maße von Ü.),

b. der Ehrschatz, ein- für allemal zahlbar bei der Belehnung, mit 60 fl.

Daneben hatte

c. der Lehensinhaber noch die Staats-, Bezirks- und Gemeindssteuern vom Lehengut (nach Abzug des Kanonsteuercapitals) zu bezahlen,

d) und die Baulasten, nämlich die Kosten für Neubauten und Hauptausbesserungen, wozu ihm die Lehenherrschaft nur das Bauholz verabreichte, zu bestreiten.

Gegenleistungen, welche der Lehensinhaber noch von der Lehenherrschaft erhalten hätte, haben nie bestanden, denn die 11 Klafter Holz, welche der Lehensinhaber alljährlich auf dem Stocke erhielt, wurden ihm nicht von der Lehenherrschaft verabreicht, sondern sie sind der Ertrag des zum Lehen gehörigen Waldes, folglich ein Theil der Nutznießung des Lehens selbst, und kommen wohl bei der Ertragsermittlung des Letztern, nicht aber besonders (als eine eigene Leistung der Lehenherrschaft) in Anrechnung.

Noch weniger gilt das von der Lehenherrschaft gelieferte Bauholz als eine Gegenleistung der Letztern, da, selbst wenn es nicht aus dem Ertrage des Lehenwaldes genommen, sondern von der Lehenherrschaft besonders geliefert würde, darin gleichwohl keine Leistung für den Lehensinhaber, sondern eine solche für den Lehenherrn selbst läge. Der Lehenherr selbst ist nämlich als der Eigenthümer des Guts gesetzlich zu Zahlung der Baukosten verpflichtet (L. R. S. 1831 a. e. vergl. mit S. 605), und wenn er dieß nicht thut, dazu aber doch das Bauholz liefert, so mindert sich hiedurch nur die Summe der vom Lehensinhaber auf seine, des Lehenherrn, Rechnung zu bestreitenden, oben unter d. erwähnten, Baukosten.

Um nun zu ermessen, ob, wie der §. 4 des genannten Gesetzes sich ausdrückt,

„der Werth der jährlichen Leistungen (des Lehenbesitzers) und anderer, nicht jedem Pächter kraft Gesetzes schon obliegenden Lasten mit Einschluß von einem Zwölftel des Ehrschatzes weniger als drei Fünftel vom Pachtwerthe des Lehenguts betrage,"

ob und in welchem Maße also eine Erhöhung der bisherigen Lehenlasten Statt finde, ließ die Stadt Ü.

I. den Pachtwerth und den Anschlag der bisherigen Lehenlasten ermitteln.

Das Lehengut besteht

1) in einem Wohnhause, welches zu 725 fl. im Steuerkataster steht,

2) in 21 Jauchert Ackerland, welches ein Steuercapital von 2300 fl. hat,

3) in 8½ Jauchert Wiesen mit 1356 fl. Steuercapital,

4) in 6½ Jauchert Weide, welche zu 96 fl. katasirirt ist,

5) in 15 Jauchert Waldung mit einem Steueranschlag von 519 fl.

Der Pachtwerth wurde nun in folgender Weise berechnet:

Zu 1. Vom Hause wurde nach der Localität ein Miethzins von 30 fl. geschätzt *).

---

*) Bei dem Anschlag des Miethzinses ist nicht zu übersehen, daß der Zins so genommen werden muß, wie ihn der Zeitpächter oder Miether, der nur die im L. R. S. 1754 beschriebenen kleinern

Zu 2. Hinsichtlich der 21 Jauchert Ackerfeld wurde nach dem vierten Absatz des §. 4 des Gesetzes vom 15. Novbr. 1833 angeschlagen, wie viel Früchte davon als Pachtschilling erzielt werden könnten.

Der Schätzer nahm, in Rücksicht auf die Kosten der Bewirthschaftung, ein Drittel des Rohertrags als Pachtschilling an.

Von einem Drittel des Ackerfelds, jeweils mit Vesen angeblümt, schätzte er den Rohertrag vom Jauchert auf 90 Garben, oder von allen 7 Jauchert auf 11 Malter Vesen (im alten Maße), — von einem Drittel, mit Roggen angeblümt, vom Jauchert auf 80 Garben, oder von 7 Jauchert auf 8 Malter 2 Viertel Roggen, — und von einem Drittel, mit Haber angeblümt, vom Jauchert auf 70 Garben, oder von 7 Jauchert auf 5 Malter 8 Viertel Haber.

Der Pachtwerth dieses Ackerlands wurde daher zu einem Drittel des Rohertrags, also zu 3 Malter 10 Viertel Vesen, 2 Malter 6 Viertel Roggen, und 1 Malter 12 Viertel Haber angenommen.

Der Durchschnittspreis der Jahre 1814 bis 1833 mit Weglassung der zwei theuersten und der zwei wohlfeilsten Jahre beträgt vom Malter Vesen (zu 16 Viertel), da das Malter Kernen (zu 8 Viertel) auf 14 fl. 9 kr. kam, und 16¼ Viertel Vesen 1 Malter Kernen abgeben, 13 fl. 42 kr. — vom Malter Roggen 8 fl. 30 kr. — und vom Malter Haber 10 fl. 30 kr.

Der Pachtwerth des Ackerlands wurde daher angenommen

zu 3 Malter 10 Viertel Vesen	49 fl. 40 kr.
2 Malter 6 Viertel Roggen	23 fl. 22 kr.
1 Malter 12 Viertel Haber	18 fl. 22 kr.
	91 fl. 24 kr.

Zu 3. Von den 8½ Jauchert Wiesen wurden 75 Centner Heu und 30 Centner Oehmd zusammen 105 Centner à 30 kr.

	52 fl. 30 kr.
als Rohertrag, und nach Abzug von . . .	11 fl. 40 kr.
Wirthschafts- und Einheimsungskosten die weitern	40 fl. 50 kr.

als Pachtschilling geschätzt.

Zu 4. Der Werth der Benutzung der 6½ Jauchert Weide wurde jährlich zu 12 fl.,

zu 5. und jener des Waldes von 15 Jauchert mit 11 Klafter à 3 fl., auf 33 fl. angenommen *).

Hiernach ergab sich ein Pachtwerth:

ad 1. vom Hause zu	30 fl. — kr.
ad 2. vom Ackerfeld zu	91 fl. 24 kr.
ad 3. von den Wiesen zu	40 fl. 50 kr.
ad 4. von der Weide zu	12 fl. — kr.
ad 5. vom Walde zu	33 fl. — kr.
zusammen zu	207 fl. 14 kr.

Nun wurden noch

II. die bisherigen Leistungen des Lehensinhabers zu Geld berechnet, da nur in so fern, als diese nicht drei Fünftel des Pachtwerths von 207 fl. 14 kr., also nicht wenigstens 124 fl. 21 kr. erreichen, eine Erhöhung gefordert werden kann.

Die bisherigen Leistungen, wie sie oben von a. bis d. aufgeführt sind, betragen:

a. der Kanon in Geld		10 fl. — kr.
3 Malter Vesen nach dem oben ad I. 2. aufgeführten Durchschnittspreise von 13 fl. 42 kr.		41 fl. 6 kr.
und 2½ Malter Haber à 10 fl. 30 kr. .		26 fl. 15 kr.
		77 fl. 21 kr.
b. der Ehrschatz 60 fl., wovon nach dem §. 4 des Gesetzes ein Zwölftel mit . . . auf ein Jahr gerechnet wird,		5 fl. — kr.
c. die dem Zeitpächter gesetzlich nicht obliegenden Steuern: für den Staat per 100 fl. Steuercapital	19 kr.	
für die Bezirksschuldentilgungscasse .	12 kr.	
für die Gemeinde zu ordentlichen und außerordentlichen Bedürfnissen im Durchschnitte	9 kr.	
	40 kr.	
was auf die 3400 fl. Steuercapital, welche über Abzug des Kanons auf das Lehen fallen, jährlich ausmacht . . .		22 fl. 40 kr.
d. endlich die Baulasten, so weit sie die Verbindlichkeiten des Pächters übersteigen, und mit Ausschluß des Bauholzes im Durchschnitt etwa		15 fl. — kr.
		120 fl. 1 kr.

Reparationen zu bestreiten hat, wobei aber die Hauptreparationen dem Eigenthümer obliegen, bezahlen würde, denn die dem Lehensinhaber obliegenden, sonst auf dem Verpachter ruhenden, Baulasten werden nach §. 4 des Gesetzes vom 15. Novbr 1833 dem Lehensinhaber, als unter seinen Leistungen begriffen, zu gut gerechnet.

D. R.

*) Hier dürfte der bisherige Holzbezug nicht zum Maßstabe dienen, wenn der Lehensinhaber nicht unbedingt jährlich 11 Klafter Holz vom Lehenherrn zu empfangen, sondern eben den Lehenwald nach seinem nachhaltigen Ertrag zu benützen hat. Es wird vielmehr abzuschätzen seyn, ob aus diesem Walde nach seiner Ertragsfähigkeit außer dem Bauholz noch wirklich jährlich 11 Klafter oder wie viel sonst forstordnungsmäßig abgegeben werden können, und nur der nachhaltige Ertrag nach Abzug des Bedarfs an Bauholz kann als die dem Lehensinhaber verbleibende jährliche Nutzung angenommen und dem Pachtwerthe beigeschlagen werden.

D. R.

Die Leistungen und die Lasten des Lehenbesitzers, so weit letztere nicht schon dem Pächter obliegen, betragen also
. . . . 120 fl. 1 kr.
folglich, im Vergleich mit drei Fünfteln des Pachtwerths . . . . 124 fl. 21 kr.

weniger . . . . 4 fl. 20 kr.
und um diesen letzteren Betrag von 4 fl. 20 kr. kann nun die Stadt Ü. eine Erhöhung der Leistungen des neuen Lehensinhabers fordern *).

Wenn die Parteien sich über nichts anderes vereinigen, so fallen zwei Drittel dieser Erhöhung mit 2 fl. 53⅓ kr. auf die jährlichen Leistungen und ein Drittel mit 1 fl. 26⅔ kr. (im zwölffachen Betrage mit 17 fl. 20 kr.) auf den Ehrschatz, so daß der neue Lehensübernehmer, vorausgesetzt, daß er die Richtigkeit der Schätzungen anerkennt, oder solche nöthigenfalls durch eine gerichtliche Expertise bestätigt würden, mit Beibehaltung der bisherigen Steuer- und Baulasten 2 fl. 53⅓ kr. mehr an jährlichem Kanon, und bei der Uebernahme des Lehens statt nur 60 fl. Ehrschatz, 77 fl. 20 kr. zu zahlen hat.

D. R.

*) Das Resultat würde sich, wenn die Waldung nicht zum Lehen gehörte, sondern der Lehensherr die oben erwähnten 11 Klafter Holz jährlich abzugeben hätte, diese somit nicht als eine Lehensnutzung, sondern als eine besondere Leistung des Lehenherrn (im Sinne des §. 4 des Gesetzes als eine Gegenleistung) anzusehen wären, um zwei Fünftel des Betrags dieser Gegenleistung von 33 fl., also um 13 fl. 12 kr. ändern.

Als eine Lehensnutzung kommen nämlich diese 33 fl. unter den Pachtwerth, wovon dem Lehensinhaber, so weit es sich um die Erhöhung seiner Leistungen handelt, nur drei Fünftel angerechnet werden, während sie ihm als eine an seinen Leistungen abzuziehende Gegenleistung in ihrem vollen Betrage in Aufrechnung kommen.

Der Pacht von . . . . 207 fl. 14 kr.
würde sich nämlich, wenn das Holz nicht zur Gutsnutzung gehörte, um . . . . 33 fl. — kr.

mindern, und nur bis auf drei Fünftel des Restes per 174 fl. 14 kr.
also bis auf 104 fl. 33 kr. dürften die Leistungen und Lasten des Lehensinhabers nach Abzug der Gegenleistung erhöht werden.

In diesem Falle wären aber an den bisherigen Lasten und Leistungen des Lehensinhabers von . . . . 120 fl. 1 kr.
die fraglichen . . . . 33 fl. — kr.

als Gegenleistung des Lehenherrns abzuziehen, und nur der Rest von . . . . 87 fl. 1 kr.
dürfte als die reine Leistung an den drei Fünfteln des Pachtwerths mit . . . . 104 fl. 33 kr.

in Aufrechnung kommen, so daß die zuläßige Erhöhung noch . . . . 17 fl. 32 kr.
betrüge, was gerade 13 fl. 12 kr. mehr, als die sonst berechneten 4 fl. 20 kr. ausmacht.

D. R.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Aufhebung eines unterrichterlichen Erkenntnisses in einer Verwaltungssache.

Lohnert und Consorten gegen die Gemeinde Feudenheim.

Die Gemeinde Feudenheim mußte zu dem im Jahr 1814 gemachten gezwungenen Anlehen einen Beitrag leisten, welchen sie durch eine Umlage von den einzelnen Gemeindegliedern erhob. Im Jahr 1817 veräußerte dieselbe die für dieses gezwungene Anlehen erhaltenen Vorschußscheine, ersetzte jedoch aus dem Erlös die von den einzelnen Gemeindegliedern erhobenen Beiträge den letzteren nicht vollständig, sondern behielt von jedem Einzelnen den Betrag von 5 fl. 15 kr. zurück, welcher zur Bestreitung anderer Gemeindebedürfnisse verwendet wurde. Im Jahr 1833 klagten die Gemeindsglieder gegen den Ortsvorstand auf den Rückersatz dieses ihnen vorenthaltenen Betrags. Das Untergericht wies jedoch die Klage ab.

Auf ergriffene Berufung wurde das amtliche Erkenntniß aufgehoben und den Klägern überlassen, ihre Reclamation bei der betreffenden Verwaltungsstelle geltend zu machen.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß es zwar unbestritten ist, daß der von der Gemeinde Feudenheim zu leistende Beitrag zu dem im Jahr 1814 gemachten gezwungenen Anlehen durch Umlage von den einzelnen Gemeindegliedern erhoben und daß die Gemeinde, nachdem derselben im Jahr 1817 ihr Beitrag zu dem gezwungenen Anlehen zurückbezahlt worden war, den einzelnen Gemeindegliedern die von diesen erhobenen Beiträge zu diesem gezwungenen Anlehen nicht vollständig rückersetzte, sondern von jedem Einzelnen außer den Zinsen den Betrag von 5 fl. 15 kr. zurückbehielt und diese zu anderen Gemeindszwecken verwendete;

In Anbetracht jedoch, daß diese von den einzelnen Gemeindegliedern zur Bezahlung des gezwungenen Anlehens geleisteten Beiträge nicht darlehensweise, sondern durch Umlage von denselben erhoben wurden, durch diese zur Erfüllung einer der Gemeinde obliegenden Verbindlichkeit gemachte Umlage aber kein Vertragsverhältniß zwischen der Gemeinde und den einzelnen Gemeindegliedern begründet werden konnte, weßhalb auch Letztere wegen des Rückersatzes dieser Umlage kein Klagrecht aus einem Verhältniß gegen die Beklagte ableiten können;

In Erwägung, daß die Frage, wie die zur Bestreitung der Gemeindsbedürfnisse von den einzelnen Gemeindegliedern erhobenen Umlagen zu verwenden seien, kein Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung seyn kann, diese die Gemeindsverwaltung betreffende Frage vielmehr lediglich nur zur Cognition der Verwaltungsstellen gehört,

weßhalb auch den Gerichten darüber keine Entscheidungsbefugniß zusteht, ob die Beklagte verpflichtet gewesen, den einzelnen Gemeindegliedern den von diesen durch Umlage erhobenen Beitrag zu gedachtem Anlehn vollständig und mit Zinsen zurückzuersetzen, oder ob dieselbe diese Umlage ganz oder theilweis zu anderen Gemeindsbedürfnissen verwenden konnte;

In Erwägung, daß hiernach die von den Gemeindegliedern erhobene Klage, weil sich dieselbe nicht zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung eignet, als unstatthaft erscheint und der Unterrichter daher nach Vorschrift des §. 357 der Prozeßordnung schon die gebetene Ladung hätte versagen sollen;

Aus diesen Gründen 2c. 2c.

Bayer.

III.

Ueber einige Mängel in der Rechtspolizei.

(Erwiederung gegen den Aufsatz in Nr. 17 dieser Annalen.)

Einsender dieses hat in Nr. 9 dieser Annalen auf die Nachtheile hingewiesen, welche daraus entstehen können, daß die längst verheißene Amtsrevisoratsinstruction noch nicht erschienen ist, und zum Belege einige practische Beispiele erzählt.

Dagegen ist in Nr. 17 Herr Rheinländer mit der Erklärung aufgetreten, daß er an die Wirklichkeit der erwähnten Beispiele nicht glauben könne, und hat den Verfasser aufgefordert, den Theil des Landes oder die Stellen anzugeben, wo eine solche Praxis bestehe.

Hierauf diene Folgendes als Entgegnung:

Sämmtliche vom Verfasser erzählte Fälle sind aus seiner Praxis, und wenn der Herr Gegner auf das Wort nicht glauben mag, so steht ihm frei, bald in einer öffentlichen Sitzung des Großh. Hofgerichts am Unterrhein der Verhandlung eines derselben persönlich anzuwohnen. — Ja noch mehr, der Verfasser hat die Acten über eine Erbtheilung zwischen Ehegatten gelesen, wo nach pfälzischem Rechte getheilt ist, obschon der Sterbfall während der Herrschaft des neuen Landrechts sich ereignete, und ein Ehevertrag nicht vorlag, lediglich darum, weil die Eheleute zur Zeit des pfälzischen Rechtes sich verheirathet hatten.

Uebrigens war in dem erwähnten Aufsatze bloß die Rede von der Nothwendigkeit einer Amtsrevisoratsinstruction, was bereits durch deren Verheißung anerkannt ist, und schon durch die Möglichkeit solcher Fälle, wie der Verfasser aufgeführt hat, zur Genüge bewährt wird.

Gegen das Ansinnen, die Fertiger solcher fehlerhaften Geschäfte der Großh. Kreisregierung oder dem Großh. Justizministerium zu benennen, hat Einsender zu bemerken, daß er zum Angeben nicht berufen ist, und daß die vorgesetzten Behörden nur Visitationen vorzunehmen brauchen, um sich, wenn sie wollen, von dem Bestehen der gerügten Gebrechen zu überzeugen.

Einen weitern Satz darf aber der Herr Gegner nicht abläugnen, daß nämlich unsere Rechtspolizei überhaupt hin und wieder schlecht bestellt sei; denn andernfalls muß man ihn bitten, z. B. folgende Fragen zu beantworten:

1) Welcher Beamte die Aufforderung beurkundet, wodurch ein Schuldner in Verzug gesetzt werden soll? L. R. S. 1139. Der Huissier, welcher dieß in Frankreich thut, existirt bei uns nicht, und doch ist eine Entschädigungsklage wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit bedingt durch eine solche Aufforderung. L. R. S. 1146.

2) Wer der Beamte ist, durch welchen die Darlegung einer Zahlung geschehen muß? L. R. S. 1258 Nr. 7. Und welches die Staatsstelle, bei welcher die dargelegten Gelder hinterlegt werden? L. R. S. 1259 Nr. 2.

3) Wo die Hinterlegungscasse zu finden und wie sie eingerichtet ist, deren in den §§. 933 und 1071 der Prozeßordnung Meldung geschieht?

A. Mayer *)

IV.

Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung.

Das grundherrliche Rentamt H. hatte vier Zehntknechte aufgestellt, um ihm alle in die Zehntscheuer in N. gebrachten Garben zu dreschen. Dem einen dieser Zehntknechte war der Schlüssel zur Scheuer anvertraut.

Bei dem Dreschen dieser Früchte haben sich nun die vier Zehntknechte 32 Viertel Vesen heimlich zugeeignet.

Als dieses ihr Vergehen zur Aburtheilung kam, so entstand die Frage, ob dasselbe nur eine nach dem §. 82 des Strafedicts bürgerlich zu bestrafende Unterschlagung anvertrauter Habe, oder ein unter den §. 87 einzureihender Diebstahl sei? Man nahm das erstere an.

Der Diebstahl setze, ward gesagt, die heimliche Ergreifung und Zueignung einer sich nicht im Naturalbesitz des Thäters befindenden Sache voraus. Sei aber die Sache dem Thäter vom Eigenthümer in Naturalbesitz gegeben und zu was immer für einem Zwecke anvertraut, so sei im Allgemeinen nicht mehr ein Diebstahl, sondern eine Unterschlagung, beziehungsweise gewinnsüchtige Zueignung anvertrauter Habe vorhanden, und wenn der §. 87 des Strafedicts diesem allgemeinen Merkmal einigermaßen zuwider auch die Veruntreuungen der Boten, Wächter, Feldschützen 2c. 2c. als Diebstahl erkläre, so dürfe diese Bestimmung nicht auch auf die Drescher ausgedehnt werden, da diesen die Scheuer mit den Früchten zu einer eigenen Behandlung der letztern und nicht nur, wie bei Boten und Wächtern, zur Obhut oder Verbringung anvertraut sei, die singuläre Bestimmung des §. 87 aber durchaus keine Ausdehnung erleide. y.

*) Obergerichtsadvocat in Mannheim.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe den 2. August 1834.

I.

Unterschied zwischen unbedingten oder bedingten Zahlungsbefehlen, und dem Vollstreckungsverfahren. Ein Conflict zwischen dem Großh. Hofgericht in Rastadt und dem Großh. Oberhofgericht.

Der Grundherr von G., welcher zugleich bedeutende Lehengüter besaß, ward vergantet, und sein sämmtliches liegenschaftliches Vermögen sequestrirt. Er starb während der Gantliquidation, und nachdem die meisten Forderungen in dieser Gant richtig gestellt waren, baten die beiden Söhne des Cridars, welche sich der Allodialerbschaft ihres Vaters entschlagen hatten, als Lehenserben um Aufhebung des Sequesters, welche denn auch trotz des Widerspruchs mehrerer Gläubiger dahin erfolgte, daß durch Urtheil des Großh. Hofgerichts in Rastadt der Sequester auf die Lehengüter aufgehoben, die beiden Söhne in den freien Besitz und den Genuß derselben eingesetzt, ihnen jedoch dabei die Auflage gemacht wurde, daß sie die Lehensschulden, so wie die vor 1808 contrahirten Schulden ihres Vaters nach ihrer Richtigstellung, wozu die Gantliquidationsverhandlungen zu Grunde zu legen seien, binnen Jahresfrist zahlen müßten. Ein Gantgläubiger rief nun im Verlauf des Jahrs von diesem Urtheil mehreremal gegen die v. G'sche Gantmasse an, und nachdem ihm bemerkt wurde, daß der Sequester aufgehoben, und die Söhne des Cridars die Pflicht der Zahlung der Lehens- und vor 1808 contrahirten Schulden ihres Vaters überkommen hätten, so bat er in einer gegen diese Söhne gerichteten Eingabe um Zahlungsvorkehr gegen dieselben, und bezog sich dabei auf die über seine Forderung in den Gantverhandlungen ergangenen rechtskräftigen Urtheile. Das Großh. Hofgericht in Rastadt erachtete diese Eingabe des Gläubigers weder als ein formrichtiges Gesuch um einen unbedingten, noch bedingten Zahlungsbefehl, und verwarf dasselbe *in diesen beiden Beziehungen*, allein auf ergriffene Appellation an das Großh. Oberhofgericht ward dieses Urtheil *aufgehoben*, die Eingabe des Gläubigers ward vom Großh. Oberhofgericht, als ein *Gesuch um Urtheilsvollstreckung* für zuläßig erkannt, und dem Großh. Hofgericht aufgegeben, über dasselbe nach §. 944 und folgende (wie das Urtheil lautet) zu verhandeln. Die *Aufhebung* des hofgerichtlichen Urtheils erscheint nun sehr auffallend, denn indem man zugeben wird, daß Gesuche um unbedingte oder bedingte Zahlungsbefehle, und Gesuche um Urtheilsvollstreckungen sehr verschiedene Sachen sind, und ihre Verschiedenheit insbesondere darin tragen, daß die beiden ersten gerade bestimmt sind, einen Rechtsstreit zu eröffnen, und ein zu vollstreckendes Urtheil herbeizuführen, sei es auch auf dem kürzesten Weg, so wird man auch zugeben müssen, daß das Großh. Hofgericht in Rastadt alsdann gar nicht über die Eingabe des Klägers als Gesuch um Urtheilsvollstreckung erkannt hat. Es ist dieß um so augenfälliger, als ja die Prozeßordnung im §. 702 den unbedingten Befehl eine Klage nennt, und sein Zweck gerade der ist, auf ihn hin *die Vollstreckung* zu erlangen. Dann war aber ein Rechtsmittel gegen das Urtheil gar nicht am Platz, sondern der Kläger hätte eine Verbesserung des Urtheils nach §. 1161 der Prozeßordnung wegen irrthümlicher Anführung seines wahren Antrags auf Urtheilsvollstreckung als Antrag auf einen bedingten oder unbedingten Zahlungsbefehl, — oder nach §. 1162 der Prozeßordnung eine Ergänzung über den Streitpunkt der Urtheilsvollstreckung, welcher im ergangenen Urtheil nicht erwähnt war, verlangen; das Großh. Oberhofgericht hätte aber in der dorthin ergriffenen Appellation dieses aussprechen, und den Kläger sonach an das Großh. Hofgericht zurückweisen sollen. Wäre aber hier nach §. 1164 der Prozeßordnung ein Rechtsmittel ergriffen worden, und darüber zuläßig gewesen, daß das Gesuch des Klägers um einen bedingten oder unbedingten Zahlungsbefehl verworfen worden seie, so hat sich das Großh. Oberhofgericht eines Jedem in die Augen fallenden logischen Irrthums damit schuldig gemacht, daß es das Urtheil des Großh. Hofgerichts wegen Verwerfung des Gesuchs um einen bedingten oder unbedingten Befehl aufhob, und nunmehr das Gesuch als eines um Urtheilsvollstreckung zuließ, denn bei der totalen gar nicht zu bezweifelnden Verschiedenheit beider Gesuche war

die Zulassung des Gesuchs des Klägers als um Urtheilsvollstreckung gerade das Anerkenntniß, die Bestätigung, daß das Gesuch des Klägers kein Gesuch um einen bedingten Zahlungsbefehl oder einen unbedingten war. Wozu aber alsdann die Aufhebung des das Gleiche aussprechenden hofgerichtlichen Urtheils?!

Das Merkwürdigste bei der Sache ist aber nun, daß das Großh. Hofgericht in Rastadt die ihm vom Großh. Oberhofgericht angewiesene Behandlung des Gesuches des Klägers um Urtheilsvollstreckung dahin vornahm, daß es dieses Gesuch sogleich als in Rechten unbegründet verwarf, wobei es sich der Sache nach auf nachstehende gewiß gute und höchst einfache Entscheidungsgründe stützte.

Ein vor allem in die Augen fallende Thatsache des Rechtsstreites ist es, daß die Executionsbeklagten, die Söhne des verstorbenen Cridars v. G., dessen Allodialerbschaft ausgeschlagen, und die Aufhebung des Sequesters der Lehngüter ihres verganteten Vaters nicht als seine Allodialerben gebeten und erhalten haben, sondern als die ex pacto et providentia majorum eintretenden mit persönlichem Recht versehenen Lehenserben. Daraus folgt nun unbedingt, daß die in der Gant des vorigen Lehensbesitzers ergangenen Urtheile zwischen der Gantmasse und den einzelnen Gläubigern, mögen sie auch noch so rechtskräftig seyn, gegen die Executionsbeklagten als jetzige Lehenserben an und für sich gar keine Kraft haben, indem sie nicht wider sie ergangen, und sie nicht gemeine Landerben ihres Vaters sind. Es sind daher auch die für den Kläger hinsichtlich seiner Forderung, früher in der Gant des v. G. ergangenen Urtheile gegen die jetzigen Beklagten nicht ergangen, und also auch nicht zu vollziehen, und alle in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen angeführten sogenannten rechtskräftigen Urtheile des Klägers sind nur gegen die v. G'sche Gantmasse rechtskräftig, und wahrlich nicht gegen die beklagten Söhne des v. G., denn diese sind nicht persönliche Schuldner der Forderung des Klägers, und sie sind von dem Kläger persönlich noch gar nie belangt worden. Von rechtskräftigen Urtheilen gegen die Executionsbeklagten kann daher gar nicht gesprochen werden, und rechtswidrig wäre es, wenn man nun gegen sie, als gegen noch gar nicht eingeklagte Schuldner, eine Urtheilsvollstreckung zulassen wollte. Das den Sequester der Lehensgüter aufhebende hofgerichtliche Urtheil vom 13. April 1832, und die dabei den Söhnen des Cridars, den Executionsbeklagten, auf ihr eigenes Anerbieten hin gemachte Bedingung, daß sie die Lehensschulden, so wie die vor 1808 contrahirten Schulden ihres Vaters n a c h i h r e r R i c h t i g s t e l l u n g binnen Jahresfrist zahlen müßten, läßt sich aber auch nicht als ein die Hülfsvollstreckung gegen die Beklagten begründendes rechtskräftiges Urtheil ansehen und betrachten. Bei dem Verfahren über die Aufhebung des Sequesters gaben die jetzigen Beklagten zu, daß sie die eigentlichen Lehensschulden, so wie die von ihrem Vater als früherer Lehensbesitzer vor 1808 contrahirten Schulden nach ihrer Richtigstellung und Liquidation bezahlen müßten, allein wenn der Sequester nicht aufgehoben werden wolle, so werde sich kein Gläubiger ihres Vaters zur Zahlung von ihnen melden, und so werde der Sequester fortdauern, und ihr eigenes persönliches Recht auf das Lehen nicht in Vollzug kommen. Diese Grundsätze sind nun in dem Urtheil vom 13. April 1832 angenommen, und rechtskräftig entschieden worden, bezüglich der jetzigen Beklagten ist ihr eigenes persönliches Recht auf die Lehengüter ihres Vaters nicht als dessen Erben, sondern kraft eigener Lehensfolgeberechtigung anerkannt worden, bezüglich der Gantgläubiger ihres Vaters, wozu auch der Kläger gehört, ist aber durch das Urtheil nur entschieden worden, daß die Beklagten im Allgemeinen die Pflicht haben, die eigentlichen Lehensschulden, so wie die von ihrem Vater vor 1808 contrahirten persönlichen Schulden n a c h i h r e r R i c h t i g s t e l l u n g zwischen den Gläubigern und Beklagten binnen Jahresfrist zu bezahlen, es ist aber nicht rechtskräftig gegen die Beklagten als neue p e r s ö n l i c h e S c h u l d n e r der Gantgläubiger entschieden worden, w e l c h e S c h u l d e n ihres Vaters als eigentliche Lehensschulden, und w e l c h e als vor 1808 contrahirte Schulden ihres Vaters zu betrachten sind, denn über diese Fragen war in dem allein auf die Aufhebung des Sequesters gerichteten Verfahren keine Rede, und k e i n S t r e i t, und das Urtheil vom 13. April 1832 konnte und wollte also auch darüber nichts entscheiden. Es ist sonach keineswegs bezüglich des Klägers rechtskräftig entschieden worden, daß die Beklagten binnen Jahresfrist vom Urtheil an seine Forderung an die v. G'sche Gantmasse zahlen müßten, denn von ihrer besondern Zahlung durch die Beklagten war damals keine Rede. Es ist in jenem Verfahren sammt Urtheil nicht entschieden worden, daß die Forderung des Klägers gegen die Beklagten als eine eigentliche Lehensschuld, oder als eine von ihrem Vater vor 1808 contrahirte persönliche Schuld zu betrachten, und also von den Beklagten zu bezahlen seie, und alles, was daher die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe von einem gegen die Beklagten in Beziehung auf die Forderung des Klägers ergangenen hofgerichtlichen rechtskräftigen Erkenntniß, diese Forderung binnen Jahresfrist vom Urtheil an zu bezahlen, enthalten, ist ohne alles Fundament. Es ist k e i n s o l c h e s U r t h e i l e r g a n g e n, und insbesondere ist die Vollzugsfrist des Urtheils vom 13. April 1832 hinsichtlich der Bezahlung irgend einer Forderung nicht a n e i n J a h r v o m D a t u m d e s U r t h e i l s an, sondern a n e i n J a h r v o n d e r R i c h t i g s t e l l u n g d e r F o r d e r u n g e n gegen die Beklagten als n e u e p e r s ö n l i c h e S c h u l d n e r gebunden worden, so daß also die das Hülfsvollstreckungsgesuch nach §. 944 der Pro-

zeßordnung vor allem bedingende Frist des Urtheils noch gar nicht angefangen hat zu laufen, geschweige daß sie umlaufen wäre. Es war aber natürlich die Frist des Urtheils vom 13. April 1832 nicht auf ein Jahr vom Tag des Urtheils, sondern auf ein Jahr von der geschehenen Richtigstellung der Forderungen gegen die Beklagten an zu bestimmen, denn da diese Richtigstellung von den Gläubigern gegen die Beklagten geschehen und ihnen erst ein vollstreckbares Recht ertheilen konnte, so konnte zum Urtheilsvollzug gegen die Beklagten nicht ein Jahr vom Urtheil an bestimmt werden, weil sonst der Gläubiger, welcher nicht binnen Jahresfrist seine Forderung gegen die Beklagten als eine Lehensschuld, oder als eine von ihrem Vater vor 1808 contrahirte persönliche Schuld richtig stellte, das Recht erhalten würde, nun nach Verlauf des Jahrs dann seine Forderung im Urtheilsvollstreckungsverfahren beizutreiben, wo er noch gar keinen Schritt zur Richtigstellung seiner Forderung gemacht und gegen die Beklagten noch gar kein Urtheil erhalten hat. Gerade dieses wäre aber hier eingetreten, wenn man die Forderung des Klägers gegen die Beklagten in dem vom Großh. Oberhofgericht angeordneten Vollstreckungsverfahren zugelassen und beigetrieben hätte, denn es war eine actenmäßige Thatsache, daß Kläger bezüglich seiner Forderung gegen die Beklagten noch gar kein Richtigstellungsverfahren eingeleitet, und noch gar keinen Rechtsstreit erhoben, geschweige ein Urtheil erhalten hatte. Aber das wird doch wohl noch ein richtiger Rechtsgrundsatz seyn, das von einem Urtheilsvollstreckungsverfahren da keine Rede seyn kann, wo noch kein Urtheil ergangen ist.

Unter diesen actenmäßigen Voraussetzungen ist nun die neuerliche Verwerfung des Gesuches um Urtheilsvollstreckung wohl begründet.

Anmerkung der Redaction. Abgesehen von der in diesem Aufsatze erörterten materiellen Frage, ob das Gesuch des Gläubigers als eine Bitte um Urtheilsvollstreckung begründet sei oder nicht? — dürfte sich das oberhofgerichtliche Urtheil auch in formeller Beziehung darin nicht rechtfertigen lassen, daß es dem Hofgerichte auftrug, über das Vollstreckungsgesuch „zu verhandeln."

1) Von einer Verhandlung über ein Vollstreckungsgesuch weiß unser Gesetz nichts und auf ein solches Gesuch wird geradezu entweder die Vollstreckung erkannt, oder das Gesuch, wenn es an den Erfordernissen der §§. 944 und 945 der Prozeßordnung fehlt, verworfen.

Eine Vernehmung des Executionsbeklagten oder überhaupt eine Verhandlung über das Vollstreckungsgesuch ist nirgends begründet, und nur erst, wenn die Vollstreckung wirklich erkannt ist, und der Beklagte alsdann nach §. 959 wieder um einen Einhalt nachsucht, findet hierüber während des Vollstreckungsverfahrens eine Verhandlung Statt.

Den Fall, da über eine Verbindlichkeit im Allgemeinen rechtskräftig erkannt und über den Umfang derselben ein besonderes Liquidationsverfahren vorbehalten ist, darf man mit einem Vollstreckungsgesuche nicht verwechseln, denn dort wird nicht um eine Vollstreckung, sondern vorerst nur um eine Liquiderklärung des angesprochenen Quantums gebeten, und das Begehren wie jede andere Klage, jedoch nach §. 673 Nr. 6, im abgekürzten Verfahren, erledigt.

2) Auch die Aufhebung des hofgerichtlichen Erkenntnisses und Rückweisung der Sache zum Erkenntnisse des Hofgerichts dürfte sich in formeller Hinsicht nicht rechtfertigen lassen.

Entweder bezog sich nämlich das erste hofgerichtliche abweisliche Erkenntniß auch auf das Gesuch des Gläubigers als auf ein Vollstreckungsgesuch, oder es war darin über Letzteres noch nicht erkannt.

Im letzteren Falle war dem Gläubiger zu überlassen, nach §. 1162 bei dem Hofgerichte selbst darauf anzutragen, daß nachträglich noch über das Gesuch als Vollstreckungsgesuch erkannt werde, und im Falle einer Verzögerung oder Verweigerung konnte das Hofgericht hiezu nach §. 1244 Nr. 1 und 2 vom Oberhofgericht angewiesen werden.

War aber durch das hofgerichtliche Erkenntniß das Gesuch des Gläubigers auch als Vollstreckungsgesuch verworfen, so war es an dem Oberhofgericht, wenn es das Gesuch begründet fand, die Vollstreckung selbst zu erkennen und die Sache nicht zum neuen Erkenntnisse an das Hofgericht zurückzugeben. §. 1238 Abs. 2.

Ueber Einhaltsgesuche, welche die Beklagten alsdann wieder hätten vorbringen mögen, wäre nichts desto weniger in erster Instanz wieder vom Hofgerichte zu entscheiden gewesen. D. R.

II.

Hofgericht des Oberrheins.

Wann die Gant für eröffnet gilt. Berechnung der zehn Tage rückwärts von da an. Ungültigkeit einer kurz vor der Ganteröffnung vom Cridar gemachten Veräußerung von Kaufschillingsterminen.

Die vier B'gerischen Gebrüder hatten sich zur Auswanderung nach Amerika entschlossen, und bei dem Kaufmann P., dem sie schon früher für empfangene Waaren Einiges schuldeten, deren noch mehrere bis zum Gesammtbetrag von 188 fl. herausgenommen. Nach dem Auszuge aus dem Handlungsbuch des P. betrug der Antheil der Waaren, welchen der Bruder Anton B. erhalten hatte, die Summe von 42 fl. Der Vorschrift gemäß wurde gegen die B'gerischen

Brüder wegen vorhabender Auswanderung die Schuldenliquidation auf den 5. Febr. l. J. ausgeschrieben, und deren Liegenschaften auf vier unverzinsliche Termine versteigert. Nach diesem Ausschreiben stellten drei dieser Brüder dem Kaufmann P. eine Urkunde aus, welche alle vier Brüder für die herausgenommenen Waaren, zu denen am nämlichen Tage noch für 12 fl. hinzukamen, wodurch die ganze Schuld auf 200 fl. stieg, als sammtverbindlich erklärt, welche Urkunde jedoch nicht von Anton B., sondern nur von seinen übrigen drei Brüdern sich unterzeichnet findet. Am 1. Febr. verkaufte Anton B. an seinen Gläubiger, den Kaufmann P., seinen von den versteigerten Gütern ausstehenden Gütererlöß per 470 fl., ohne daß in der Verkaufsurkunde die Summe ausgedrückt ist, welche der Käufer für den überlassenen Kaufschilling bezahlte, indem nur allgemein gesagt ist: B. verkauft gegen baare Zahlung an P. seinen ausstehenden Kaufschilling von 470 fl. Es ergab sich jedoch sohin, daß der Kauf gegen 17 pCt. Rabatt geschehen war. Die Kaufsurkunde unterschrieb noch außer den Contrahenten der Gemeindsrechner mit dem Beisatz: Bevollmächtigter, und sodann der Ortsbürgermeister, wobei jedoch nicht angegeben ist, in welcher Eigenschaft solche mitgewirkt und unterschrieben haben. Am 11. Febr. schon erschien Anton B. bei Amt und erklärte sich für zahlungsunfähig, worüber solcher das Protocoll unterfertigte, und worauf der Beschluß des Amts folgt, wodurch die Gant erkannt, die öffentliche Bekanntmachung aber ausgesetzt wird, welche jedoch in einigen Tagen darauf erfolgte. Indeß hatte das Pfandgericht Sorge getragen, daß es von dem Gelde, welches dem B. für die von P. an sich gekauften Kaufschillingstermine ausbezahlt worden war, so viel innebehielt, als die wenigen eingetragenen Pfandforderungen betrugen, mit dem größeren baaren Reste machte sich aber der Cridar davon, und da die Vermögensuntersuchung ein Deficit zeigte, so klagten die Currentgläubiger gegen P. auf Ungültigkeitserklärung des Kaufs des Gütererlasses, indem solcher inner zehn Tagen vor der Ganterkennung zu ihrer offenbaren Gefährde geschlossen worden sei. Obgleich Beklagter einwendete, daß die Gant nach §. 823 der Prozeßordnung nur dann für eröffnet gelte, wenn das Ganterkenntniß, welches erlassen wird, am nämlichen Tage bekannt gemacht worden ist, was hier aber nicht geschehen sei, daß die Cession der ausgelösten Kaufschillingstage inner noch zehn Tagen vor dem Ganterkenntniß geschehen, daß hiebei das Pfandgericht, welches die Versteigerung geleitet gehabt, mitgewirkt habe, und daß in Betracht der Unverzinslichkeit der vier Jahrstermine ein Rabatt von 17 pCt. als nicht zu hoch, und demnach die Gläubiger keineswegs als hiedurch benachtheiligt zu halten seien; — so erkannte das Amt doch: Es sei die Cession der Kaufschillingsforderung des Anton B. an Kaufmann P. unter Compensirung der Kosten für rechtsungültig, und die Gantmasse für befugt zu erklären, die sämmtlichen Güterkaufschillinge an sich zu ziehen, vorbehaltlich der näher zu liquidirenden *) Ansprüche des Beklagten an die Masse sowohl des bereits für sie bezahlten Betrags, als auch wegen der geforderten 200 fl. Dieses Urtheil erhielt in appellatorio auf gepflogene Verhandlung, unter Verfällung des appellatorischen P. in die Kosten zweiter Instanz, seine Bestätigung, und zwar in Erwägung, daß zur Sicherung der Gläubiger des Anton B. gegen eine Gefährdung durch seine vorhabende Auswanderung Schuldenliquidation auf den 5. Febr. ausgeschrieben worden, und daß hiedurch nach dem Zweck des bei Auswanderungen vorgeschriebenen Richtigstellungsverfahrens ein concursus creditorum eröffnet wird, der rücksichtlich der Deckung der Gläubiger einer Ganteröffnung gleichsteht **). In Erwägung ferner, daß die Cession der Güterkaufschillinge am 1. Februar, daher nur wenige Tage vor der Schuldenliquidation geschah, daß sohin Anton B. sich am 11. des nämlichen Monats für zahlungsunfähig erklärte, daß auch das Ganterkenntniß im nämlichen Protocoll durch Beschluß ausgesprochen wurde, dieses Protocoll aber, obschon vom

---

*) Ein bloßer Vorbehalt der Ansprüche des Beklagten konnte nicht genügen.

Dieser durfte nur verfällt werden, die gekauften Termine gegen wirkliche Rückerstattung des bezahlten Preises wieder herauszugeben.

War der Kauf wegen Gefährde ungültig, so war er dieß nach L. R. S. 1117 doch nicht schon von Anfang, sondern er wurde es nur in Folge einer Umstoßungsklage, oder mit andern Worten: er war bloß einer Auflösung unterworfen, in welchem Falle nach S. 1183 die Sache in den Stand zurückgesetzt werden mußte, als wäre der Kauf gar nicht geschlossen worden. Der Käufer P. konnte aber nicht zur Abtretung der Terminsforderungen als des Kaufsobjects angehalten, und nur mit seiner Rückforderung dessen, was er dafür bezahlt hatte, ad sep. verwiesen werden. Die Gantmasse hatte ihm, wenn die Sache durch die Auflösung des Vertrags in den alten Stand gesetzt werden sollte, auch das Bezahlte rückzuerstatten und die compensirte Forderung wieder zu überlassen.

D. R.

**) Diese Behauptung dürfte etwas gewagt seyn. Die Liquidation bei Auswanderungen ist nur eine staatspolizeiliche Fürkehr, und erfolgt, wenn auch die gesetzlichen Gründe zur Ganteröffnung nach den §§. 814—816 der Prozeßordnung nicht vorhanden sind, daher können auch die Wirkungen, welche das Gesetz (§. 830—834) an die auf jene Gründe folgende Ganteröffnung knüpft, bei den ohne Voraussetzung jener gesetzlichen Gründe Statt habenden Liquidationen bei Auswanderungen nicht eintreten.

D. R.

Actuar nicht unterfertigt, dennoch bei der Unterschrift des Cridaes selbst seine Gültigkeit behauptet, und wenn gleich der Beschluß über die Ganteröffnung nach dieser Unterschrift steht, sich doch an der Eröffnung des Erkenntnisses an diesen nicht zweifeln läßt, weil das Protocoll über einen Act gefaßt ist *), und schon am 15. Febr., also am vierten Tage darauf die Vermögensuntersuchung wirklich vor sich gieng, die Gant aber nach §. 823 der Prozeßordnung, bezüglich auf §. 814 Nr. 1, von der Zeit an für eröffnet gilt, als das Ganterkenntniß dem Gemeinschuldner eröffnet wurde, diese Eröffnung aber nicht auch noch weiter durch die öffentliche Bekanntmachung des Ganterkenntnisses sich bedingt findet; in Erwägung sohin, daß bezüglich auf die Eröffnung eines Ganterkenntnisses und seiner Wirkung die Berechnung nicht wie bei Fristen nach §. 230 der Prozeßordnung, wornach der Tag der Verfügung nicht mitgerechnet wird, anschlagen konnte, sondern die Eröffnung von ihrem Momente an **) zu nehmen ist, demnach vom 11. Febr. an, somit der am 1. eod. vor sich gegangene Verkauf der Kaufschillingstermine inner den zehn Tagen vor dem Tage der Ganteröffnung fällt; in Erwägung weiter, daß, wenn es auch mehr als zehn Tage wären, es hier darauf nicht einmal ankommen würde, da die Handlung zur offenbaren Gefährdung der Gläubiger geschah, indem Anton B. bei ganz verletzten Vermögensumständen wenige Tage vor der Liquidation sich für eine Schuld per 200 fl. sammtverbindlich machen wollte, an welcher er doch nur 42 fl. für sich selbst schuldete, indem ferner die Cessionsurkunde fälschlich besagt, die Auslösung der 470 fl. Kaufschillinge sei gegen baare Zahlung geschehen, während doch 17 pCt. als Rabatt abgezogen wurden, und ein so starker Rabatt, die Unverzinslichkeit der vier Jahrstermine in Anschlag auch gebracht, bei einer durch das erste Pfandrecht gesicherten Kaufschillingsforderung, sich doch als unverhältnißmäßig und höchst nachtheilig darstellt, indem endlich B. sich bald darauf mit dem Gelde, das ihm über die innebehaltenen Pfandschulden übrig blieb, flüchtig machte, und aus allem, vorzüglich auch aus der Eile, mit der das Geschäft betrieben wurde, hervorgeht, daß dem ganzen Cessionsact die Absicht von ihm unterliegt, seine Gläubiger, so gut es gehe, zu bevortheilen, auch wohl anzunehmen ist, daß Appellant hiebei diese Folge leicht vermuthen können, somit gemäß dem L. R. Anhangsatz 211 — 214 und §. 834 der Prozeßordnung diese Veräußerung nichtig zu halten ist, welche Nichtigkeit sich nicht dadurch zu heben vermag, daß in der dießfälligen Urkunde der Gemeindsrechner als Bevollmächtigter sich aufgeführt findet, da gar nicht zu ersehen ist, auf welche Art, und für wen er zu einer Bevollmächtigung gelangt seyn sollte, dieses falsche Vorgeben vielmehr die Gefährde erhöhen muß, und all dieses durch die bloße Unterschrift des Bürgermeisters nicht beseitiget werden kann, der hier ohne alle cognitio causae handelte, er sonst durch Unterzeichnung des Acts nicht attestirt haben würde, daß die Cession der 470 fl. Kaufschillinge gegen baare Zahlung geschehen sei, nachdem dieses eingeständenerweise nicht richtig ist, und überdieß zu vermuthen steht, daß der Käufer P. wenigstens einen Theil der Waarenforderung hiebei als Zahlung in Aufrechnung gebracht haben werde, nach welchem allem der Bescheid des Unterrichters für nicht beschwerend erscheint, und zwar auch nicht in Bezug auf die Compensation der ersten Instanzkosten, weil hier die Verhandlung noch zugleich die Ergänzung des Vermögens mitbetraf, und dieser mitverhandelte Nebenpunkt nicht auf liquidantischen P. fallen konnte. Merk.

*) Wenn der hinten angehängte Satz über die Eröffnung des Ganterkenntnisses aller Beglaubigung entbehrte, so war ja auch nicht gewiß, daß er nicht erst später beigefügt wurde, sondern mit dem Protocoll über die Erklärung des Schuldners nur einen Act ausmache. D. R.

**) Die §§. 830 — 833 der Prozeßordnung sagen nicht: „zehn Tage von der Ganteröffnung zurückgerechnet," — sondern:

„zehn Tage, welche dem Tage der Ganteröffnung vorhergehen."

Die zehn Tage, welche dem 11. Febr., als dem Tage der Ganteröffnung vorhergiengen, waren nun: der 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9. und 10. Febr., daher gehörte der 1. Febr. noch ganz darunter, wenn gleich die Ganteröffnung am 11. Febr. erst Nachmittags oder Abends geschehen wäre. D. R.

III.

Hofgericht zu Meersburg.

Ist der Erblehenherr verbunden, der Verpfändung des Erblehens durch den Erbbeständer seine Zustimmung zu ertheilen?

Diese Frage, welche in einem im sechsten Jahrgang der oberhofgerichtlichen Jahrbücher Seite 276—281 dargestellten Falle von dem Plenum des Großh. Oberhofgerichts mit beinahe Stimmeneinhelligkeit bejahend entschieden wurde, kam neulich in einem ähnlichen Falle bei dem Großh. Hofgericht der Seeprovinz zur Entscheidung, welche aus den dem nachstehenden Urtheile beigefügten Gründen verneinend ausfiel.

Urtheil.

In Sachen des Ferdinand Homberger von Billafingen, Klägers, Appellanten, gegen die Spitalstiftung zu Konstanz,

Beklagte, Appellatin, Consensertheilung zur Aufnahme eines Capitals betreffend, wird auf gepflogene Verhandlungen hiemit zu Recht erkannt: das Urtheil des Bezirksamts Konstanz vom 26. Januar d. J., besagend:

„Kläger sei mit seinem Begehren, den Beklagten zur Ertheilung der Zustimmung zu Verpfändung seines Erblehenguts anzuhalten, unter Verfällung in die Kosten abzuweisen,“

werde bestätigt, und Kläger Appellant auch in die Kosten dieser Instanz verfällt.

Von Rechtswegen.

Dessen zur Urkunde ꝛc. ꝛc.

Entscheidungsgründe:

Die vom Kläger gegen die Spitalstiftung Konstanz als Lehenherrschaft in Anspruch genommene Verbindlichkeit, ihren Consens zur Verpfändung des Erblehens zu ertheilen, läßt sich

a. weder aus der Natur und dem Wesen des zwischen den streitenden Theilen bestehenden Rechtsverhältnisses des Erbbestandes ableiten, noch ist dasselbe insbesondere

b. in dem von dem Kläger angerufenen L. R. S. 1831 b. g. begründet; denn

zu a. ist das Eigenthumsrecht an dem Erblehengute zwischen dem Erbbeständer und dem Erbbestandsgeber so vertheilt, daß dem Ersteren das Nutzeigenthum, d. h. der erbliche Genuß des Gutes nebst dem Rechte zu allen Verfügungen darüber, welche dessen Genießbarkeit bezielen, dem Erbbestandgeber aber das Grundeigenthum, d. i. die Rechtserwartung des einstigen Heimfalls des Genusses auf den Fall des Absterbens des Erbbeständers und seiner zum Erbbestande berechtigten Erben sammt dem Rechte zu allen die Erhaltung des Gutes erzweckenden Verfügungen zusteht. L. R. S. 544 c.

Der Nutzeigenthümer, dessen Rechte nach der ausdrücklichen Bestimmung des L. R. S. 1831 b. c. dem Erbbeständer zukommen, kann zu Folge der L. R. S. 595 und 2118 in Verbindung mit Satz 577 a. c. sein Nutzeigenthum einem Andern abtreten, oder wenn, wie im gegebenen Falle Liegenschaften Gegenstand des Nutzeigenthums sind, ein Unterpfand an seinem Nutzeigenthum bestellen, jedoch nur so, daß in beiden Fällen das von dem andern Theile erworbene Recht nur so lange wirksam ist, als das Nutzeigenthum zu Folge seines Rechtstitels dauert.

Zachariä, franz. Civilrecht, B. II. §. 227 S. 14.

Durch Verpfändung des Nutzeigenthums verfügt der Erbbeständer lediglich nur über das Seinige, greift nicht in die Rechtssphäre des Grundeigenthümers ein, und bedarf daher auch dessen Zustimmung nicht, zu deren Erzwingung also auch die Natur und das Wesen der Erbleihe keinen vernünftigen Grund darbietet.

Annalen der Großh. badischen Gerichte erster Jahrgang Seite 353.

Ein Verfügungsrecht über das Lehengut selbst aber, d. h. über das Grundeigenthum, das allein dem Lehenherrn gehört, und in Beziehung auf den Erbbeständer eine fremde Sache ist, kommt diesem Letzteren nicht zu, weßhalb auch von einer Pflicht des Lehenherrn zur Zustimmung in eine von dem Erbbeständer beabsichtigte Veräußerung, Belastung oder Verpfändung des Grundeigenthums nach der Natur des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses, und der im L. R. S. 544 c. ausgedrückten Begränzung des Rechtes eines Jeden von ihnen an dem Lehengute überall keine Rede seyn kann. Eine solche Zustimmungspflicht des Lehenherrn ist in keinem Gesetze, und namentlich nicht

zu b. in dem vom Kläger angerufenen Landrechtszusatz 1831 b. g. ausgesprochen, welcher verfügt:

„zu einer Veräußerung an einen Nichtberechtigten, sonst aber für Leistung der Erblehenspflichten sichern Besitzer kann die Einwilligung nicht versagt werden, außer bei einem Erbbestande, der auf unbestimmte Zahl von Erben lautet, und auf dem Heimfalle steht.“

Auf den ersten Blick leuchtet es ein, daß dieses Gesetz, welches von Veräußerung an einen für Leistung der Erblehenspflichten sicheren Besitzer spricht, und den Lehenherrn der Zustimmung in die Veräußerung für den Fall enthebt, wenn das Lehen auf dem Heimfalle steht, sich gar nicht auf eine Veräußerung oder Belastung des Grundeigenthums, sondern lediglich auf die Veräußerung des Nutzeigenthums beziehe.

Wie aber schon zu a. gezeigt wurde, darf der Erbbeständer sein Nutzeigenthum auch ohne Zustimmung des Erblehenherrn veräußern, er bleibt aber bei einer solchen Veräußerung, da sie an dem zwischen ihm und dem Lehenherrn bestehenden Vertragsverhältnisse nichts ändern kann, demungeachtet dem Lehenherrn für Erfüllung der Erblehenpflichten z. B. für Entrichtung des Lehenzinses, Kanons verantwortlich. Um auch dieser Vertragspflicht enthoben zu werden, und somit auch sein ganzes Rechtsverhältniß in Beziehung auf die Erbleihe auf den neuen Erwerber überzuwälzen, dazu ist allerdings die Zustimmung des Lehenherrn zu der Veräußerung des Nutzeigenthums dem bisherigen Erbbeständer nöthig, durch welche Zustimmung sodann eine wahre Rechtswandlung bewirkt, der alte Erbbeständer nämlich als Schuldner des Lehenherrn von diesem entlassen, und an dessen Stelle der neue Erwerber des Nutzeigenthums angenommen wird. L. R. S. 2171 Abs. 2.

Diese Novation oder Zustimmung des Lehenherrn in die Veräußerung des Nutzeigenthums von Seiten des Erbbeständers könnte die lehenherrlichen Rechte einzig in den beiden Fällen beeinträchtigen, wenn entweder

1) der neue Erwerber jene Eigenschaft nicht besäße, welche die Erwartung der gehörigen Leistung der Erblehenpflichten rechtfertigen, und

2) wenn der Erbbestand ursprünglich auf eine unbestimmte Zahl von Erben lauten würde, und nunmehr auf dem Heimfall stünde.

Wenn nun der L. R. S. 1831 b. g. verfügt: daß mit Ausnahme der beiden vorgedachten Fälle von dem Lehenherrn die Einwilligung zur Veräußerung des Erbbestandes nicht versagt werden könne, so liegt hierin bloß eine weise Fürsorge des Gesetzgebers, daß es dem in seinem Grundeigenthumsrechte und Vertragsverhältnisse durch eine Veräußerung von Seiten des Erbbeständers nicht gefährdeten Lehenherrn nicht in die Hände gegeben seyn soll, durch Versagung seiner Einwilligung in die Veräußerung aus bloßem Eigensinn, den Verkehr des Erbbeständers mit seinem Nutzeigenthum zu beschweren, und ohne Noth die Verbindlichkeit des bisherigen Erbbeständers für Erfüllung der Erblehenpflichten fortdauern zu lassen.

Daß aber der Erbbeständer nur mit Zustimmung des Lehenherrn sein Nutzeigenthum veräußern oder beschweren dürfe, oder daß der Lehenherr zu jeder dem Erbbeständer beliebigen, selbst die Rechte des Grundeigenthumes schmälernden Veräußerung oder Belastung seine Einwilligung geben müßte, dieß liegt nicht in den Worten des fraglichen Gesetzes, und es kann auch in seinem Sinne um so weniger liegen, als es sonst nicht nur mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern auch mit den oben schon angeführten L. R. S. 544 c. — 595, 577 a. c., 1831 b. c. und 2188 in Widerspruch stünde.

Eine Verpfändung des Lehengutes mit Zustimmung des Lehenherrn hätte für diesen nach L. R. S. 2180 a. die nachtheilige Folge, daß wenn beim Eintritt des Heimfallsrechts die Pfandschuld noch nicht getilgt wäre, er selbst dieselbe tilgen, oder sich den Verkauf des heimgefallenen Lehenguts zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers gefallen lassen müßte.

Ein gesetzlicher Zwang zu solcher Einwilligung wäre daher unläugbar eine Beeinträchtigung des lehenherrlichen **Grundeigenthums- und Heimfallsrechtes**, die nicht in der Absicht einer gerechten Gesetzgebung liegen kann; daher auch der Zwang zur Einwilligung des Lehenherrn in die Verpfändung, um ihn vor Gericht geltend zu machen, wenigstens unzweideutig bestimmt, und klar in in einem Gesetze begründet seyn müßte, was gezeigtermaßen in Ansehung des L. R. S. 1831 b. g. offenbar der Fall nicht ist.

Hiernach erscheint die Klage grundlos, und es mußte das unterrichterliche Urtheil bestätiget, auch der Appellant zufolge des §. 169 der Prozeßordnung in die Kosten der zweiten Instanz verfällt werden *).

Obkircher **).

IV.

Prozeßordnung.

Ueber gesetzliche Constituirung der Oberhofgerichtssenate und über Abstimmung in geheimen Hofgerichtssitzungen.

(Nachtrag zur Extrabeilage zu Nr. 27 und Parallele zu Nr. III. in Nr. 28 zweiter Jahrgang der Annalen der Großh. badischen Gerichte.)

Die Staatsministerialverordnung vom 12. April 1832 Nr. 1324, Regbl. Nr. XXII., die organische Einrichtung der Obergerichte und den Geschäftsgang bei denselben betreffend, welcher Gesetzeskraft beigelegt ist, bestimmt im §. 2, daß jeder Senat Großherzoglichen Oberhofgerichts aus **sechs Stimmführern, nebst dem Präsidenten**, also aus **sieben Mitgliedern** bestehen soll, und der §. 23 bestimmt **genau**, in welcher **Ordnung** bei der, der Entscheidung vorhergehenden **Berathung** dieser **sieben** Votanten unter sich, jeder seine **Ansicht** äußern, und in welcher **Ordnung**, nachdem der Vorsteher die **Berathung geschlossen** hat, **abgestimmt** werden soll.

Es kommt dabei **nicht** darauf an, ob die zu erlassende Verfügung ein Urtheil oder ein prozeßleitendes Decret sei, ob sie in öffentlicher oder geheimer Sitzung ertheilt werde; denn das Gesetz macht hierin im §. 25 **nur dann** eine **Ausnahme**, wenn der Beschluß auf Eingaben **kein Recht** einer Partei **verletzen kann**, wo es dann zur Beschlußfassung nur der Mitwirkung **von drei** Stimmenden bedarf.

Ein Senat Großh. Oberhofgerichts ist also in der **Regel nur dann gesetzlich constituirt**, und zur Beschlußfassung **autorisirt, competent**, wenn während der **ganzen** Sitzung, also sowohl bei dem **Vortrage** des Respicienten, als bei der hierauf Statt findenden **Berathung**, und endlich bei der, nach geschlossener Berathung erfolgenden, **Abstimmung sieben** Mitglieder **gegenwärtig** sind.

Ist ein in den Senat gehöriges Mitglied auf irgend eine gesetzliche Weise **verhindert** zu erscheinen, so muß die gesetzliche **Anzahl** von Stimmführern auf die im §. 3 ibid. angegebene Weise **ergänzt** oder bei Verhinderung des Vorstehers für diesen ein **Stellvertreter** ernannt werden.

Ist die Zahl **nicht** voll, so ist der Senat **nicht** gesetzlich

*) Diese so klaren und bündigen Entscheidungsgründe dürften wohl jeden Zweifel über die vorliegende Frage beseitigen.

D. R.

**) Hofgerichtsrath in Meersburg.

constituirt, nicht competent, er ist durchaus unfähig, rechtskräftige Beschlüsse zu fassen, und alles Verfahren vor ihm, jede seiner Verfügungen oder Entscheidungen ist nichtig, und entbehrt aller Rechtsfolgen.

§. 57 der neuen Prozeßordnung.

In der geheimen Sitzung des Großh. Oberhofgerichts ersten Senats vom 5. Febr. l. J., worin in der, in der Beilage zu Nr. 27 der Annalen der Großh. badischen Gerichte zur Oeffentlichkeit gebrachten Sache, der, wie dort nachgewiesen ist, schon an und für sich nichtige Beschluß vom 5. Febr. l. J. Nr. 599, 600, wodurch das gesetzlich zuständige Rechtsmittel der Restitution gegen oberhofgerichtliche Urtheile, wegen Mangels gesetzlicher Voraussetzungen ihrer Rechtsbeständigkeit, als unstatthaft verworfen wurde, erfolgte, waren, wie sich nun bei genommener Acteneinsicht, aus der Unterzeichnung desselben und aus denen in Gemäßheit des §. 27. und 28 der allegirten Staatsministerialverordnung geführten Protocollen ergiebt, außer dem Präsidenten, einschließlich des Respicienten nur noch fünf Stimmführer, also im Ganzen nur sechs berathende und abstimmende Mitglieder gegenwärtig. Der sechste Stimmführer, Oberhofgerichtsrath Stößer war, wie in jenem Protocoll vorschriftsmäßig bemerkt ist, wegen Unpäßlichkeit abwesend; allein er wurde nicht, wie verordnet ist, durch einen andern Votanten ersetzt, sondern er sollte, wie es dort heißt, sein Votum nachtragen, was auch in der Art geschah, daß er den in seiner Abwesenheit berathenen und gefaßten Beschluß, der ihm wahrscheinlich in das Haus gesandt wurde, mit den Worten unterzeichnete:

„Gelesen und einverstanden.

Stößer."

Es fragt sich nun, ob durch dieses Verfahren dem Gesetz und der Absicht des Gesetzgebers genügt, oder ob es nicht vielmehr wegen Mangels wesentlicher Voraussetzungen seiner Rechtsbeständigkeit nichtig sei?

Die Absicht des Gesetzgebers war, wie sich aus der ganzen organischen Einrichtung der Obergerichte entnehmen läßt, keine andere, als daß die gesetzlich bestimmte Anzahl von Mitgliedern des Gerichts, und zwar keiner mehr und keiner weniger, nicht nur den mündlichen Vortrag des Respicienten in geheimen Sitzungen (statt des mündlichen Vortrags der Parteien in öffentlicher Sitzung) vernehme, und in den Stand gesetzt sei, aus den vorliegenden Acten sich von dessen Actenmäßigkeit zu überzeugen, sondern hauptsächlich, daß durch die Statt findende mündliche Berathung die verschiedenen Rechtsansichten gegen einander ausgetauscht und die richtige aufgefunden werde; es beweist dieß die ausdrückliche Anordnung, in welcher Reihenfolge die Mitglieder, und zwar jedes ohne Ausnahme, ihre Ansicht äußern sollen, und man hat hierin den ältern Mitgliedern, nicht mit Unrecht, den Vorrang gestattet; übereinstimmend hiemit ist die Anordnung der Abstimmung.

Diese Absicht des Gesetzgebers kann aber nicht erreicht werden, wenn eines oder mehrere Mitglieder dem Vortrage des Respicienten nicht beiwohnen, die Acten nicht zu Gesicht bekommen, den Vortrag daher nicht controlliren können, beim Austausch der gegenseitigen Ansichten weder die eigene, noch die Anderer berichtigen können, und daher selbst, so wenig als die anwesenden Mitglieder, gesetzlich qualificirt sind, bei der Abstimmung eine Stimme geltend zu machen.

Es kann keineswegs genügen, wenn der oder die Abwesenden nachträglich, wenn der Beschluß ohne legale Berathung bereits gefaßt ist, ihr „Einverstanden" beifügen, denn wenn der Abwesende auch nicht einverstanden wäre, so würde dieß an dem einmal gefaßten Beschlusse nichts mehr ändern, wo vielleicht die überwiegenden Gründe, die er bei der mündlichen Berathung für seine Ansicht hätte geltend machen können, ein ganz anderes Resultat herbeigeführt haben würden.

Durch die Weise, wie der vorliegende Fall, welcher keineswegs unter jene des §. 25 der allegirten Verordnung subsumirt werden kann, behandelt wurde, ist daher nicht nur der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes, sondern auch der offen am Tag liegenden Absicht des Gesetzgebers zuwider gehandelt worden, der gefaßte Beschluß entbehrt eines competenten Gerichts, es fehlt dem Verfahren an den zu seiner Rechtsbeständigkeit nöthigen Erfordernissen, und es ist daher, so wie der darauf gestützte Beschluß, unheilbar nichtig, beide entbehren aller Rechtsfolgen und unterliegen der Cassation, auf dem Wege der Restitution im Sinne des §. 1253 der neuen Prozeßordnung.

Heidelberg, im Juli 1834.

Leonhard.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 32. | Karlsruhe den 9. August 1834.

I.

Einiges über Verwerfung der Klagen angebrachtermaßen.

Nur zu oft geschieht es, daß die Richter nicht gleich bei Einkunft der Klagschriften dieselben rücksichtlich ihres materiellen Gehaltes gehörig prüfen, und sofort auf Klagen, in welchen der thatsächliche Grund der Klage, oder das Klagbegehren undeutlich, unbestimmt, und unvollständig vorgetragen ist, dennoch Ladung verfügen, und manchmal sogar — was freilich als etwas Sonderbares erscheint, jedoch aber vielfältig in der Praxis vorkömmt — auf Beweis der Klage erkennen, statt solche nach Maßgabe des §. 359 der Prozeßordnung sogleich angebrachtermaßen zu verwerfen.

Erst am Ende nach gepflogenen weitläufigen und kostspieligen Verhandlungen über Klage, Einreden, Beweiserhebungen ꝛc., wo sofort das Enderkenntniß gegeben werden soll, wird alsdann vom Richter manchmal erst die Entdeckung gemacht, daß es dem Vortrage des thatsächlichen Grunds der Klage oder dem Petitum an Deutlichkeit, Bestimmtheit und Vollständigkeit fehlt, und daß daher gleich Anfangs schon die Klage hätte angebrachtermaßen verworfen werden sollen.

In einem solchen Falle nun sucht man sich gewöhnlich damit zu helfen, daß am Schlusse des Verfahrens die Klage geradezu angebrachtermaßen verworfen wird, was alsdann zur Folge hat, daß der Kläger mit einer neuen verbesserten Klage auftreten muß, und daß der Prozeß ganz von Neuem wieder durchgeführt wird.

Vielfältig kommt nun aber auch der Fall vor, daß vom Unterrichter, ohne daß er eine solche Mangelhaftigkeit der Klage selbst am Schlusse des Verfahrens entdeckt, oder weil er überhaupt den Mangel für unerheblich ansieht, ein definitives Urtheil in der Sache gegeben, daß aber dann dieser Mangel in zweiter Instanz vom Oberrichter entdeckt und hier erheblich gehalten wird.

Da geschieht es nun abermals wieder gewöhnlich, daß die Obergerichte nach gepflogenen Appellationsverhandlungen ohne weiters aussprechen: „die Klage finde angebrachtermaßen nicht Statt.“

Beim ersten Anblick der Sache möchte man nun wirklich glauben, daß diese Manipulation richtig sei.

Wenn man aber die Sache reifer erwägt, wird man bald finden, daß das deßfallsige Verfahren den Bestimmungen der Prozeßordnung nicht entspricht.

Hier verdient nämlich vor allem schon

1) der Umstand einige Beachtung, daß der §. 359 der Prozeßordnung die Verfügungsformel: die Klage finde angebrachtermaßen nicht Statt, nur für den besondern Fall vorschreibt, wo gleich bei Einkunft der Klage ihre Mangelhaftigkeit entdeckt wird.

Es scheint also überhaupt schon etwas gewagt zu seyn, ihr auch da Anwendung zu geben, wo die Sache selbst schon förmlich verhandelt vorliegt.

Gleich Anfangs bei Einkunft der Klage erscheint auch jene Verfügungsformel wirklich als heilsam und passend; am Schlusse gepflogener Verhandlungen aber, wo der Richter ein definitives Urtheil geben soll, taugt solche offenbar nichts, denn es kann unmöglich der Wille des Gesetzgebers gewesen seyn, daß wegen eines solchen Mangels des Klagvortrags, der in den meisten Fällen jederzeit schnell und leicht verbessert werden kann, alle auf die Klage gepflogenen Verhandlungen als unnütz und fruchtlos angesehen werden sollen, und das jetzt der ganze Prozeß von Neuem begonnen werden müsse; vielmehr scheint es jetzt in einem solchen Falle Pflicht des Richters zu seyn, sich über alles das, was ihm an den Parteivorträgen, gleichviel ob solche die Klage, Einreden oder Repliken u. s. w. betreffen, noch undeutlich, unbestimmt oder unvollständig vorkommt, vordersamst noch die erforderliche Aufklärung von den Partrien ex officio zu verschaffen und sofort die Sache nachträglich so zu verbessern, daß er in den Stand gesetzt wird, um sein definitives Urtheil geben zu können.

Daß dieses der Wille des Gesetzgebers sei, ergiebt sich indessen auf das Klarste

2) aus den Bestimmungen der Prozeßordnung §. 248

und §§. 338—343. Aus dem §. 248 der Prozeßordnung geht nämlich hervor, daß der Richter überhaupt von Amtswegen die Parteien zu veranlassen hat, den Klagvortrag, wenn es ihm an Deutlichkeit und Vollständigkeit fehlt, zu verbessern und zu ergänzen. Aus den §§. 338—343, welche vom Fragrecht des Richters und der Parteien handeln, geht aber hervor, daß der Richter in jeder Prozeßlage und namentlich auch nach dem Schluß der Verhandlungen sich über alle zur Herstellung der Streitfrage, d. i. des status contraversiæ, gehörigen Thatsachen Aufklärung von den Parteien verschaffen kann.

Durch das Fragrecht ist also dem Richter das Mittel an die Hand gegeben, womit er sich in einem solchen Fall helfen kann, und keineswegs soll er die Klage wegen bloßer Undeutlichkeit u. s. w. ohne weiters angebrachtermaßen verwerfen. Erst dann kann meines Erachtens eine Zurückweisung der Klage erfolgen, wenn der Kläger auf die zuvor an ihn ergangene gerichtliche Aufforderung die Verbesserung der bezeichneten Mängel unterläßt. In diesem Fall dürfte sodann aber die Klage nicht bloß angebrachtermaßen, sondern sogar definitiv zu verwerfen seyn, weil dann ein unvollständiger und mangelhafter Klaggrund, so wie gar kein Klaggrund anzusehen ist.

Noch viel fehlerhafter ist es aber ferner, wenn sogar die Obergerichte in den Fällen, wo das Untergericht ein definitives Urtheil in der Sache erlassen hat, die Klage aus den oben angegebenen Gründen angebrachtermaßen verwerfen, was meines Wissens bei mehreren Gerichtshöfen recht oft geschieht, weil gar vielfältig die untergerichtlichen Verhandlungen, so wie die Parteivorträge der Anwälte mangelhaft sind, und es überhaupt in der Praxis zur Seltenheit gehört, eine gut und vollständig formirte Klage zu sehen.

Für das Verfahren bei den Obergerichten geben hier insbesondere die Bestimmungen der §§. 1223 und 1224, vergl. mit §. 1238 der Prozeßordnung Ziel und Maß, wornach in allen Fällen, wo das angefochtene Urtheil ein Endurtheil war, auch das Appellationsgericht das Endurtheil zu fällen hat, daß dasselbe ferner die beim unterrichterlichen Verfahren vorgekommenen Fehler durch Verletzung von Prozeßvorschriften selbst zu verbessern habe, und daß eine Zurückweisung der Sache an den Unterrichter nur in den im §. 1238 bezeichneten Ausnahmsfällen Statt finden solle.

Daß nun der richterliche Ausspruch: „die Klage finde bloß angebrachtermaßen nicht Statt," kein definitives Erkenntniß in der Sache selbst ist, ist wohl ohne nähere Ausführung klar, denn in jener Erkenntnißformel liegt offenbar nichts anderes, als der einfache Ausspruch, daß der Richter, so wie die Sache vorgetragen sei, über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der klägerischen Ansprüche gar nicht zu urtheilen im Stande sei.

Eben so klar ist es auch, daß jene Entscheidungsformel die Zurückweisung der Sache an den Unterrichter ausspricht, und in diesem Sinne auch von den Obergerichten erlassen wird; denn es soll jetzt der Kläger mit seiner verbesserten Klage wieder bei dem Unterrichter auftreten, und dieser soll neuerdings in einer Sache entscheiden, in der er schon entschieden hat.

Zu welchen Inconvenienzen dieß führt, mag aus folgendem Beispiel entnommen werden.

Ein Untergericht hält eine Klage zwar für gegründet, sieht solche aber durch Einreden entkräftet an, und weist sofort aus diesem letztern Grund den Kläger unbedingt ab, dieser appellirt nun, und der Oberrichter findet, daß die Klage keineswegs durch Einreden entkräftet sei, ist aber rücksichtlich der Klage der Meinung, daß es dem Vortrage des thatsächlichen Klaggrundes an der erforderlichen Deutlichkeit und Vollständigkeit fehle.

Wenn nun der Oberrichter jetzt erkennt, die Klage sei bloß angebrachtermaßen zu verwerfen, so ist der Kläger genöthigt mit einer verbesserten Klage beim Unterrichter nochmals aufzutreten.

Dieser, der Unterrichter, wird nun aber ohne alle Rücksicht auf die geschehene Klagverbesserung nach wie vor auf seiner Meinung verbleiben, daß eben die Klage durch die Einreden entkräftet sei, und weist mithin den Kläger wiederum ab; die Sache kommt nun zum zweitenmal in die Appellationsinstanz, und jetzt erst wird vom Oberrichter über die Sache definitiv erkannt. Offenbar ein eben so zweckloser als verderblicher Verschleif der Sache, der unmöglich dem Geiste der Prozeßordnung entspricht. Einem solchen Verschleif soll vielmehr dadurch vorgebeugt werden, daß der Oberrichter selbst auf die schon oben angegebene Weise durch den Gebrauch des ihm zustehenden Fragrechts die Parteien veranlasse, die zur thatsächlichen Streitfrage gehörigen Thatumstände, in so fern sie undeutlich und unbestimmt vorgetragen sind, aufzuklären, und alsdann ohne Zurückweisung der Sache an den Unterrichter definitiv erkenne.

Dieß, nämlich die Vermeidung des Verschleifs der Prozesse, ist auch der Grund, warum die §§. 1223 und 1224 verordnen, daß die Obergerichte in allen Fällen, wo die Unterrichter schon endlich erkannt haben, auch endlich erkennen, und zu diesem Behufe alles vorbereiten sollen, was nöthig ist, um die Sache in statum judicandi zu setzen.

Litschgi.

II.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall. Almendtheilung. Competenz. Kostenpunkt.

Die zwei Waldgemeinden Schürberg und Happach bildeten von jeher nur eine politische Gemeinde und benutzten das sämmtliche Almendsfeld miteinander gemeinschaftlich. Im Jahr 1828 wurde dieser Gemeindsverband aufgehoben, jeder Ort constituirte sich zu einer eigenen Gemeinde, und als Folge dieser Trennung handelte es sich um die Theilung des bisher gemeinsamen Almendfelds, über deren Maßstab man sich nicht vereinen konnte; indem die Gemeinde Schürberg nach Köpfen, wie das Gesetz vom Jahr 1810 es bestimmt, die Gemeinde Happach aber, wie dieses schon in früheren Zeiten von der Administrativstelle erkannt worden sei, nach der Gütersteuer getheilt haben wollte. Das auf den darüber erwachsenen Rechtsstreit ergangene amtliche Urtheil entschied für die Kopftheilung, und solches wurde auch in zweiter Instanz bestätigt. Nachdem die Gemeinde Happach dagegen die Oberberufung ergriffen hatte, und der Prozeß bei dem Oberhofgerichte anhängig war, erschien die landesherrliche Verordnung vom 13. August 1829, Regbl. XVIII., gemäß welcher die Gerichte zur Entscheidung aller bei Anlaß der Almendtheilungen vorkommenden Streitigkeiten nur in dem Fall competent sind, wenn die Ansprüche, deren Bestehen bestritten wird, aus einem Rechtsgrund abgeleitet werden, der mit dem Verhältniß der angeblich Berechtigten als Mitglieder der betheiligten Gemeinde nicht in Verbindung steht. Diese Verordnung bewog nun das Großh. Oberhofgericht zu der Verfügung: In Folge der höchsten Verordnung vom 13. August 1829 findet eine weitere rechtliche Verhandlung und Entscheidung nicht Statt, und es haben sich daher die Betheiligten an die competente Verwaltungsstelle zu wenden. Dieß geschah denn auch, und es gieng die Abtheilung nach dem Verhältniß des zu überwinternden Viehstandes zwischen den Gemeinden im Wege des Vergleichs vor sich. Da der Vergleich der Kosten des früheren Prozesses nicht erwähnte, und die Gemeinde Schürberg ihre Kosten mit 64 fl. an die Gemeinde Happach unter Bezug auf das hofgerichtliche Urtheil, welches letztere als unterliegender Theil in die Kosten verfällte, forderte, kam es hierüber zum Streit, und es wurde die Gemeinde Happach durch das Amt für schuldig erkannt, die eingeklagten Prozeßkosten zu bezahlen, wogegen solche die Berufung ergriff, und die Rechtfertigung der Beschwerde darauf baute, daß schon nach dem Gesetz von 1810 die Entscheidung des Almendtheilungsstreits der Verwaltungsbehörde zugestanden, die Gemeinde Schürberg daher als Urheberin des zwecklosen Rechtsstreits anzusehen komme, daß der Vergleich über die Theilung ganz nach dem Sinne der Happacher ausgefallen, da nicht nach Köpfen, wie Schürberg es verlangt gehabt, sondern nach dem Viehstand getheilt worden sei, daß die Rechtsurtheile völlig wirkungslos geworden, und wenn auch der Vergleich über die früheren Prozeßkosten schweige, nach allgemeinen Grundsätzen immer deren Wettschlagung als sich von selbst verstehend angenommen werde. Dagegen behauptete Appellatin: der oberhofgerichtliche Beschluß hebe die früheren rechtlichen Urtheile keineswegs auf, er lasse solche bestehen, und sie müßten daher immer in so weit wirksam bleiben, als die Verwaltungsstelle an solchen nichts ändere. Da nun der Vergleich über die Theilung nichts von den Prozeßkosten besage; so sei damit zu erkennen gegeben, daß man es hinsichtlich derselben bei den ergangenen Erkenntnissen belassen habe. Die Gemeinde Happach habe sich auf einen Ausnahmsfall nach dem Gesetz von 1810 berufen gehabt, daher die Sache vor den Richter kommen müssen, der den Grund der Ausnahme als nicht vorhanden aber erkannt habe, so wie diese Gemeinde auch in letzter Instanz, wenn es dort zum Erkenntniß gekommen seyn würde, sicher unterlegen wäre. Die oberhofgerichtliche Verfügung bestimme nichts über den Kostenpunkt, was jedoch geschehen seyn würde, wenn das hofgerichtliche Urtheil hätte aufgehoben werden sollen, und so müsse dasselbe hinsichtlich des Kostenpunkts um so mehr bestehen bleiben, als die Verordnung von 1829 nicht auf das frühere Verfahren zurückwirken könne. Durch das auf weitere mündliche Verhandlung erfolgte hofgerichtliche Urtheil wurde der amtliche Bescheid jedoch dahin abgeändert, daß die Gemeinde Schürberg mit ihrer Klage auf Prozeßkostenersatz abzuweisen, und in die Kosten dieses Streits zu verfällen sei, in Erwägung nämlich, daß das oberste Gericht sich zur Entscheidung der im Wege der Oberberufung an solches gelangten Sache nicht mehr für competent gehalten, weil nach der eingetretenen Verordnung vom 13. August 1829 dieser Gegenstand nicht ferner mehr der civilrechtlichen Erledigung angehöre, daß, wenn gleich der oberste Gerichtshof, indem er sich überhaupt als Richter nicht für competent hielt, die früheren Instanzurtheile, welche die Gemeinde Happach, als in der Hauptsache unterliegend, auch in die Kosten verfällten, nicht ausdrücklich für aufgehoben erklärte, dieses dennoch implicite in dem Ausspruch liegt, daß über die eingelegte Oberberufung keine rechtliche Entscheidung mehr Statt finden könne, daß es ferner eine natürliche und nothwendige Folge der inzwischen emanirten Verordnung von 1829 ist, daß die früheren Rechtsurtheile als solche wirkungslos seyn, und in sich zerfallen müssen, und von einer Rechtskraft derselben keine Rede seyn kann, und zwar auch nicht in Bezug auf die Prozeßkosten, weil das Zwischeneintreten eines Gesetzes während der Rechtsanhängigkeit in oberster Instanz, welches der Sache ihre rechtliche Eigenschaft entzieht, nicht auf einen Theil allein zurückfällt, sondern

beide Parteien trifft, und weil keine derselben vor Erledigung in letzter Instanz noch ein Recht aus den frühern Urtheilen erlangt hatte, somit die noch schwebende Rechtskraft durch das zwischen eingetretene Gesetz, und die rechtliche Erledigung selbst für beide Theile gehemmt wurde, für beide demnach auch die Folgen gleich seyn müssen. In Erwägung ferner, daß die hierauf im Wege des Vergleichs durch die Verwaltungsbehörde bewirkte Almendtheilung nicht nach den Grundsätzen der früheren Rechtsurtheile erfolgte, sondern weit eher nach dem von der Gemeinde Happach im Prozesse gestellten Verlangen, die Gemeinde Schürberg daher in dem getroffenen Vergleich von ihren Ansprüchen fast ganz abgieng, und daß, da der Vergleich von den früheren Prozeßkosten schweigt, bei diesem wechselseitigen Nachgeben in der Hauptsache der Billigkeit noch anzunehmen ist, daß sich dieses auch von den Prozeßkosten verstehe, und jeder Theil die seinigen auf sich behalten wolle. Merk.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Klage auf Entlastung mehrerer Erbbestandsgüter von dem Zehnten.

Büchler und Consorten gegen die Grundherrschaft von Bettendorf.

Die Erbbeständer zu Obereubigheim klagten im Mai 1833 gegen ihren Grund- und Ortsherrn von Bettendorf auf Entlastung ihrer Erbbestandshöfe von der Zehntpflichtigkeit, indem sie das Begehren stellten, zu erkennen:

das grundherrliche Rentamt sei nicht berechtigt, künftig von ihren Erblehengütern den Zehnten zu erheben oder erheben zu lassen.

Sie gestanden zwar ausdrücklich, daß sie den Zehnten, welchen das grundherrliche Rentamt zu einer Zeit, wo sich der Landmann alles habe gefallen lassen müssen, sich angemaßt habe, bisher aus gutem Willen entrichtet hätten, behaupteten aber zu dieser Leistung fernerweit nicht mehr verbunden zu seyn,

1) weil es in der Kaufsurkunde (Erbbestandsbrief) von 1717 heiße: daß es in allem und jedem, was der Brief nicht ausdrücklich melde, so verbleiben soll, wie es vor diesem, als der Hof noch herrschaftlich gewesen, gehalten worden sei; da nun die Herrschaft vor diesem den Hof in eigenem Bau gehabt und sich selbst gewiß keinen Zehnten gegeben habe, so könne sie ihn auch jetzt nicht fordern;

2) weil sich die Erbbestandsherrschaft den Zehnten nicht, wie andere auf dem Gute ruhende Abgaben, in der Urkunde vorbehalten, mithin darauf stillschweigend verzichtet habe; und

3) weil die Zehntpflichtigkeit ruhe, da sich das Gutseigenthum noch immer in den Händen des Zehntherrn befinde.

Diese Klage wurde jedoch auf gepflogene Verhandlung von dem Untergerichte durch Urtheil vom 10. Septbr v. J. lediglich abgewiesen. Die Appellation der Ebbeständer hatte keinen besseren Erfolg; denn es ergieng am 30. Mai d. J. ein bestätigendes Erkenntniß in zweiter Instanz.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Kläger, indem sie die Freiheit ihrer Erbbestandsgüter von der Zehntlast behaupten, ausdrücklich zugestehen, den Zehnten bis zur Klagerhebung entrichtet zu haben;

In Erwägung, daß die Kläger nach Ansicht der L. R. S. 544 e., 1315 und 1352 a., in Verbindung mit §. 400 der Prozeßordnung, die behauptete Zehntfreiheit erweisen müssen, nicht nur, weil für die Grundherrschaft der Besitzstand spricht, sondern auch, weil für die Zehntpflichtigkeit vermöge L. R. S. 710 a. a., b. c. und c. b. die Vermuthung streitet, welche den Ortsherrn in Gemäßheit der L. R. S. 710 b. a und 1352 von aller Beweislast befreit;

In Erwägung, daß eine solche Freiheit aus dem Inhalt der in der Klage angerufenen Kaufsurkunde von 1717 nicht hervorgeht, da es in Bezug auf das Zehntrecht keines ausdrücklichen Vorbehalts bedurfte, weil die Zehntpflicht, als eine auf den urbaren Grundstücken haftende Last, mit diesen von selbst in die Hände der Erbbeständer übergegangen und von Seiten der Erbbestandsherrschaft nirgends darauf verzichtet worden ist, wie dieß in bestimmten Ausdrücken hätte geschehen müssen;

In Erwägung, daß einstweilen, angenommen die Grundherrschaft hätte die Erbbestandsgüter vor dem Jahr 1717 im eigenen Bau gehabt und also sich selbst keinen Zehnten entrichtet, aus dieser noch zur Zeit unerwiesenen Thatsache nichts für die Intention der Kläger folgen würde, weil der L. R. S. 710 e. b. in dieser Beziehung verfügt:

„Keine persönliche Eigenschaft des Gutsbesitzers kann die Zehntpflichtigkeit des Guts aufheben. Sie ruht zwar, wenn das Gutseigenthum in den Händen des Zehntherrn ist, aber sie erlöscht nicht dadurch, sondern lebt kraft Gesetzes wieder auf, sobald es in andere Hände kommt.“

In Erwägung, daß daher die Behauptung der Kläger, die Grundherrschaft habe sich ohne alles Recht den Zehnten angemaßt, um so mehr in sich selbst zerfällt, als das weitere Vorbringen der Ersteren, sie hätten den Zehnten aus gutem Willen oder freiwillig gegeben, den Vorwurf einer Anmaßung beseitigt und als selbst, abgesehen von den bereits angeführten gesetzlichen Bestimmungen, nach L. R. S. 2268 die Redlichkeit der Inhabung für den Zehntherrn zu vermuthen steht;

In Erwägung, daß der Zehnte nach L. R. S. 710 a. a. und 710 c. m. von dem Gutsertrage zu entrichten und daß der Erbbeständer durch L. R. S. 1831 b. e. in den Rechten und Verbindlichkeiten dem Nutznießer gleichgestellt, dieser aber nach L. R. S. 577 a. l. und 608 schuldig ist, alle Abgaben zu leisten, die als Lasten des Ertrags anzusehen sind;

In Erwägung, daß daher die Kläger, als Inhaber des nutzbaren Eigenthums, den Zehnten entrichten müssen, obgleich sich das Obereigenthum an den Erbbestandsgütern in den Händen des Zehntherrn befindet, weil gerade die Trennung des Nutzeigenthums davon den Begriff einer Rechtsvermischung zerstört.

In Erwägung, daß sonach die Appellanten durch die Abweisung der Klage nicht beschwert sind; —

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Bayer.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 33. Karlsruhe den 16. August 1834.

I.

Oberhofgericht.

Den Fortbezug einer Pension betreffend.

v. Drais gegen den Fiscus.

Durch Signatur vom 5. Juli 1808 wurde Freiherr Carl v. Drais als Forstinspector mit einer Besoldung von 400 fl. in Geld und mehreren Naturalien im Anschlag zu 611 fl. 18 kr. angestellt, durch höchstes Cabinetsrescript vom 26. Jan. 1818 aber seiner bisherigen Dienstverhältnisse zum Forst- und Jagdwesen enthoben, und ihm der Character eines Professors der Mechanik ertheilt.

In Folge eines Finanzministerialbeschlusses vom 27. Aug. 1819 erhielt die Kreiscasse Mannheim von der Cassencommission unterm 8. Sept. 1819 die Weisung, dem Professor Carl v. Drais eine vom 1. Juni jenes Jahrs anfangende Pension in Geld mit 1011 fl. 18 kr. auszuzahlen.

Diese sogenannte Pension bezog Freiherr v. Drais, bis durch höchstes Rescript aus Großh. Staatsministerium vom 8. Novbr. 1832 angeordnet ward, daß er nach den Bestimmungen des Dieneredicts in Pensionsstand versetzt werden soll.

In Betracht, daß derselbe durch Signatur vom 5. Juli 1808 die erste mit eigentlichen Staatsdienerrechten verbundene Anstellung nebst einer vom 23. April 1808 anfangenden Besoldung erhalten hat;

Daß sich sein Dienstalter hiernach auf vollendete 24 Jahre berechnet;

Daß er also an seiner zuletzt in 815 fl. bestandenen anrechnungsfähigen Besoldung nach §. 6 des Dieneredicts einen Abzug von 16 pCt. oder von 130 fl. 24 kr. zu erleiden hat, wurde die Kreiscasse Mannheim durch Finanzministerialerlaß vom 18. Decbr. 1832 angewiesen, ihm die gesetzliche Pension mit 684 fl. 36 kr. vom 16. ejusd. an auszuzahlen, dagegen den seitherigen Gehaltsbezug desselben von diesem Tag an zu sistiren.

Hievon wurde Professor v. Drais mit dem Beifügen benachrichtigt, daß edictmäßig bei Berechnung seiner Pension das Klafter Holz nur mit 5 fl. und die Kosten und Fourage für das Dienstpferd gar nicht in Anrechnung kommen dürften.

Zu Anfang d. J. klagte nun derselbe bei dem unterrheinischen Hofgerichte gegen den Großh. Civilfiscus auf Fortentrichtung, beziehungsweise Nachzahlung der Pension von 1011 fl. 18 kr. sammt Zinsen, weil er auf diese Summe ein wohlerworbenes Recht habe, und sich keine zweite Pensionirung gefallen zu lassen brauche.

In der Vernehmlassung auf diese Klage erklärte der Fiscalanwalt, daß der Kläger im Jahr 1818 lediglich quiescirt, aber nicht förmlich pensionirt worden sei. Aus dem Erlasse der Cassencommission vom 8. Septbr. 1819, worin der Ausdruck „Pension" vorkomme, lasse sich die wirklich Statt gehabte Pensionirung, welche nur von dem Regenten selbst ausgesprochen werden könne, um so weniger folgern, als dieselbe in dem vorgelegten Cabinetsrescript vom 26. Jan. 1818 nicht ausgesprochen und als in dem Erlasse der Cassencommission dem Kläger seine volle Besoldung durchaus in Geld zur Zahlung angewiesen worden sei. Die Pensionirung des Klägers sei zum erstenmal und allein durch das höchste Staatsministerialrescript vom 8. Novbr. 1832 erfolgt und dessen Pension mit 684 fl. 36 kr. nach §. 9 des Dieneredicts von 1819 ganz richtig berechnet, indem hiernach Pferdefouragen, Diäten rc. rc. nicht angeschlagen würden, während das Holz nur in dem Betrage angenommen werden dürfe, womit der Diener in den weltlichen Wittwenfiscus immatriculirt worden sei. Nach der Wittwencassenordnung von 1811 §. 44 werde aber das Holz jeder Gattung nur mit 5 fl. berechnet. Bei dieser gesetzmäßigen Berechnung ergebe sich, daß der Gehalt des Klägers nicht mit 1011 fl. 18 kr., sondern nur mit 815 fl. bei Ermittlung seiner Pension zum Grund gelegt werden konnte und daß somit seine Pension in dem Rescript vom 18. Decbr. 1832 ganz richtig in Gemäßheit des §. 6 des Dieneredicts auf 684 fl. 36 kr. festgesetzt wurde, indem Kläger bei einem 24jährigen Dienstalter einen Abzug von 16 pCt. zu erleiden habe.

Es ward sonach um Abweisung des Klägers gebeten.

Nach Anhörung der mündlichen Rechtsausführungen wies das Großh. Hofgericht (erster Senat) durch Urtheil vom

21. April 1834 den Kläger unter Verfällung in die Kosten auch wirklich ab.

Entscheidungsgründe:

„In Betracht, daß Kläger nach seinem eigenen Vortrag in der Klage vom 20. Febr. d. J. von Sr. Königl. Hoheit dem Großherzog durch Staatsministerialerlaß vom 8. Nov. 1832 nach den Bestimmungen des Dieneredicts in Pensionsstand versetzt und hiernach seine Pension zu 684 fl. 36 kr. berechnet wurde, daß er seine weiteren Ansprüche gegen den Großh. Fiscus nur darauf gründet, daß er durch Rescript der Großh. Cassencommission vom 8. Septbr. 1819 schon einmal und zwar mit 1011 fl. 18 kr. in Pensionsstand gesetzt worden sei und daher auf letzteren Pensionsbetrag ein erworbenes Recht habe;"

„In Betracht, daß nach Inhalt des letztgedachten Rescripts, welches als ergänzender Theil der Klage zu betrachten ist, die Großh. Cassencommission unter Bezug auf einen Finanzministerialerlaß vom 27. August 1819 Nr. 10,839 die Kreiscasse Mannheim anwies, dem Professor Carl v. Drais eine vom 1. Juni 1819 anfangende Pension in Geld zu bezahlen, die in einzelnen Posten zu 1011 fl. 18 kr. berechnet wurde;"

„In Erwägung, daß hiernach der Kläger selbst nicht behauptet, daß seine Pensionirung im Jahr 1819 von dem Großherzog, dem allein dieses Recht zusteht, ausgesprochen und von Ebendemselben seine Pension in dem angegebenen Betrage festgesetzt worden sei;"

„In Erwägung, daß das von der Cassencommission gebrauchte Wort „Pension" überhaupt dem Kläger kein Recht verleihen kann und nicht nothwendig voraussetzt, daß die Pensionirung des Klägers durch den Regenten föemlich verfügt worden sei;"

„In Erwägung, daß bei jener Berechnung der Besoldung des Klägers in Geld alle seine Naturalbezüge angeschlagen und nicht nach §. 9 des Dieneredicts verfahren wurde, woraus sich entnehmen läßt, das Kläger damals noch nicht förmlich in Ruhestand versetzt war;"

„In Erwägung, daß hinsichtlich der nach Verkündung des Dieneredicts pensionirten Diener (wozu der angeblich am 1. Juni 1819 pensionirte Kläger gehört) durch §. 6 dieses Edicts festgesetzt ist, wie weit die rechtliche Ansprache auf Ruhegehalte sich erstreckt, welche Rechte allein durch §. 24 der Verfassungsurkunde den Staatsdienern garantirt sind; daß zwar der Regent nicht nur in dem besonderen Falle des §. 9 Nr. 3 des Dieneredicts, sondern überhaupt kraft der nach §. 5 und 66 dee Verfassungsurkunde Ihm zustehenden Gewalt die Pension eines Dieners auch über den edictmäßigen Betrag erhöhen kann und hierdurch der Staatsdiener ein klagbares Recht gegen die Staatscasse gewinnt, weil er in seinem Dienerverhältniß lediglich in Beziehungen zu der ausübenden Gewalt steht; daß jedoch diese Erhöhung über den edictmäßigen Betrag lediglich als Ausfluß der Gnade des Regenten zu betrachten ist und diese Gnade in der Regel nur ein widerrufliches Recht verleiht, daß daher der Regent durch Zurücknahme der aus Gnaden von Ihm oder seinem Regierungsvorfahrer verwilligten Pensionsaufbesserung kein Recht des Klägers verletzt hätte;"

„In Erwägung, daß sonach die Klage, selbst wenn die darin vorgetragenen Thatsachen wahr sind, doch ungegründet ist;" —

Aus diesen Gründen wurde, mit Umgehung eines Zwischenbescheids, wie geschehen erkannt.

Auf die von dem Kläger gegen das hofgerichtliche Urtheil eingewandte Berufung erkannte jedoch das Großh. Oberhofgericht (erster Senat) unterm 17. Juni d. J. abändernd zu Recht:

„daß der Anspruch des Klägers auf eine jährliche Pension von 1011 fl. 18 kr. für wohlbegründet zu achten, daher der beklagte Fiscus unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen zu deren Zahlung, so wie auch zur Nachzahlung der ihm an der Pension gemachten Abzüge, nebst Zinsen zu 5 pCt. vom Tag der angestellten Klage an *), zu verurtheilen sei."

Entscheidungsgründe:

„In Erwägung,

1) „daß Kläger durch Signatur vom 5. Juli 1808 als Forstinspector mit einer Besoldung von 400 fl. Geld und und mehreren Naturalien (im Anschlag zu 611 fl. 18 kr.) angestellt, durch höchstes Cabinetsrescript vom 26. Januar 1818 aber seiner bisherigen Dienstverhältnisse zum Forst- und Jagdwesen enthoben und ihm der Character eines Professors der Mechanik ertheilt wurde;"

„In Erwägung,

2) „daß Kläger durch diese höchste Entschließung, welche ihn, ohne Vorbehalt seiner Wiederactivirung, von seinen bisherigen Dienstverhältnissen durch Ertheilung eines andern fremdartigen Characters ohne Dienst ausschließt, im eigentlichen Sinne außer Dienstthätigkeit gesetzt, beziehungsweise pensionirt worden;"

„In fernerer Erwägung,

3) „daß in Erkennung und zur Vollziehung jener höchsten Willensmeinung des regierenden Herrn das Großh. Finanzministerium, wie der von dem beklagten Fiscus nicht widersprochene Cassencommissionserlaß an die Kreiscasse zu Mannheim vom September 1819 besagt, dem Kläger seine volle Besoldung ausdrücklich als Pension beließ, mit der

*) Nach §. 378 der Prozeßordnung hat das Urtheil auch die Frist zu bestimmen, binnen welcher die darin ausgedrückte Leistung geschehen soll.

bei Pensionirungen vorgeschriebenen Umwandlung der Naturalbesoldung in ein Geldsurrogat nach dem Anschlag von 611 fl. 18 kr.;"

„In Erwägung,

4) „daß die auf solche Weise in Gemäßheit der höchsten Entschließung vom 26. Januar 1818 vom Großh. Finanzministerium regulirte Pension vom Kläger mehrere Jahre hindurch mit Staatsbewilligung bezogen wurde; auch

5) „kein rechtlicher Grund besteht, eine bereits einmal normirte Pension zum andernmal zu normiren, und nach Maßgabe des Staatsdieneredicts vom 30. Januar 1819 gewissen Abzügen zu unterwerfen, da zur Zeit, als die Pensionirung des Klägers durch höchste Cabinetsentschließung vom 26. Januar 1818 erfolgte, dieses Edict noch nicht promulgirt war;"

„In Erwägung,

6) „daß der von dem beklagten Fiscus gemachte Einwand, als sei Kläger durch jene höchste Entschließung nicht pensionirt, sondern bloß quiescirt oder seine Dienstthätigkeit temporär suspendirt worden, theils dem thatsächlichen Verhalt (wie oben unter 1, 2 und 3 gezeigt worden) widerspricht, theils der gesetzlichen Haltung entbehrt, indem das Gesetz jenen Unterschied nicht, sondern nur eine definitive Zuruhesetzung kennt, mit dem Vorbehalt der Staatsregierung, den in Ruhestand versetzten Staatsdiener wieder zum activen Dienst zu berufen;"

„In endlicher Erwägung,

7) „daß aus vorstehenden Gründen der Großh. Fiscus zu den dem Kläger gemachten Besoldungsabzügen nicht berechtigt ist, vielmehr solche von dem Tage an, wo sie bezahlt werden mußten, aber einbehalten wurden, nachzuzahlen verbunden und zwar auf den Grund der L. R. S. 1142, 1153 und 1907 a. mit Zinsen zu 5 vom Hundert vom Tag der angestellten Klage an — als ist man, wie geschehen, zu erkennen bewogen worden."

Anmerkung. Das Cabinetsrescript des höchstseligen Großherzogs Carl vom 26. Januar 1818 lautet wörtlich also:

„Ich habe dem Kammerjunker C. v. Drais unter Enthebung von seinen bisherigen Verhältnissen zum Forst- und Jagdwesen, den Character eines Professors der Mechanik ertheilt und benachrichtige hievon das Finanzministerium."

In dem Regierungsblatt von 1818 Nr. III. S. 20 steht:

„Seine Königl. Hoheit haben sich gnädigst bewogen gefunden, dem Kammerjunker v. Drais den Character eines Professors der Mechanik zu ertheilen."

Nirgends ist von einer Zuruhesetzung die Rede. Sie in die höchste Entschließung hinein zu interpretiren, ist um deßwillen sehr bedenklich, weil der Regierungsnachfolger in dem Staatsministerialscript vom 8. Novbr. 1832 ausgesprochen hat, Professor v. Drais soll jetzt erst pensionirt werden; denn daraus folgt, daß er früher nicht schon pensionirt gewesen ist. Die bekannte Regel: verborum suorum opticus quisque interpres — ist gewiß auch anwendbar auf die Entschließung eines Regenten als solchen. Wenn nun der Regent, welcher nicht stirbt, sondern in seinem Regierungsnachfolger fortlebt, welcher allein die Staatsdiener anstellt, befödert und zur Ruhe setzt, in bestimmten Ausdrücken seinen Willen kund giebt, daß ein Diener pensionirt werden soll; so ist es wohl keiner Behörde erlaubt, der höchsten Willensmeinung zuwider anzunehmen, daß die Pensionirung eben dieses Dieners schon früher geschehen sei! Zu einer solchen Unterstellung ist in concreto auch um so weniger Grund vorhanden, als die Enthebung des Kammerjunkers (und Forstinspectors) von seinen bisherigen Verhältnissen zum Forst- und Jagdwesen, unter Belassung seines vollen Gehalts einerseits und die gleichzeitige Ernennung desselben zum Professor der Mechanik ohne Anweisung eines bestimmten Wirkungskreises andererseits, zwar wohl eine Sinecur andeutet, aber keine Pensionirung involvirt. Der Finanzministerialbeschluß vom 27. August 1819 befindet sich nicht bei den Acten; es konnte jedoch dadurch so wenig als durch den Erlaß der Cassencommission vom 8. Septbr. 1819 etwas anderes verfügt werden, als was das Cabinetsrescript vom 26. Januar 1818 besagt. Auch spricht gerade die Auszahlung der vollen Besoldung von 1818 bis 1832 nicht für, sondern gegen die Pensionirung des Klägers, der vor seiner Ernennung zum Professor der Mechanik noch nicht ganz zehn Jahre angestellt war. Da es sonach überall an dem Beweise fehlt, daß der Kläger schon im Jahr 1818 pensionirt worden sei, so konnte dessen Anspruch auf Nachzahlung und Forentrichtung der alten Pension nicht für wohlbegründet erachtet werden.

Bayer.

II.

Rechtsfall über die Auslegung des §. 892 der Prozeßordnung hinsichtlich der dagegen zu ergreifenden Rechtsmittel, dargestellt in einem Urtheil mit Entscheidungsgründen.

In Sachen des Staatsministers Frhr. v. Andlaw in Freiburg, Liquidanten, Appellanten, gegen der Elkan Reutlingers Wittwe Gantmasse in Carlsruhe, Liquidatin, Appellatin, Forderung betreffend.

In Anbetracht des betreffenden Punkts des vom Stadtamt Carlsruhe erlassenen Reutlingerschen Locationsurtheils vom 25. Januar v. J., wornach die Forderung des Liquidanten mit 2619 fl. 25 kr. nebst Zins unter Vorbehalt eines noch zu

führenden bessern Beweises über die Richtigkeit und den Betrag der Forderung in fünfte Classe locirt worden ist;

In Anbetracht der dagegen vom Liquidanten ergriffenen Appellation mit der Beschwerde, daß ihm noch ein besserer Beweis aufgegeben worden;

In Erwägung der dagegen vom Appellaten vorgebrachten Einrede der Rechtsunzeitigkeit der Appellation wegen Versäumung ihrer Anmeldungs- und Ausführungsfrist, und wegen nicht nachgesuchter und bescheinigter Wiederherstellung, da ohnedieß schon vom Stadtamte Carlsruhe der Ausschluß des dem Liquidanten auferlegten bessern Beweises, und die Abweisung seiner Forderung unterdessen ausgesprochen worden seie;

In Erwägung, das zwar das Reutlingersche Locationsurtheil den 25. Januar v. J. publicirt worden ist, die Appellationsanmeldung aber den 3. Febr., also unter Beischlagung der Berechnung der auch bei Nothfristen geltenden Nichtzählung des Eröffnungs- und Ablaufstags zu gehöriger nach dem abgekürzten Verfahren zu berechnender Zeit einkam, alsdann jedoch die Versäumung der Appellationsführungsfrist nicht in Anschlag zu bringen ist, indem noch keine Verfallenheitserklärung ergieng, der vom Unterrichter aber angesprochene Ausschluß des bessern Beweises, und Abweisung seiner Forderung aus der Gantmasse auf die Zuläßigkeit und Rechtszeitigkeit der Appellation keinen Einfluß hat, indem sich dieser Ausschluß auf Prozeßhandlungen vor dem Unterrichter und nicht vor der Appellationsinstanz bezieht;

In Erwägung, daß die liquidirte Forderung vor dem Unterrichter durch eine von der E. Reutlingers Wittwe ohne Beistand unterschriebene Abrechnung vom 14. März 1821 bewiesen werden sollte, worin sich aber ausdrücklich auf eine nicht damit vorgelegte Rechnung vom 12. Febr. 1821, so wie auf anderweitige Urkunden bezogen wird, und nunmehr diese Beweisurkunde vom Appellaten, als einer ihrer angezogenen Urkunden entbehrende Beziehungsurkunde für beweiskräftig nicht anerkannt, und ihr selbst noch, abgesehen davon, der Mangel einer Mitunterschrift eines Beistands der E. Reutlingers Wittwe entgegengehalten wurde;

In Erwägung, daß die Beweisurkunde vom 14. März 1821 durch ihren ausdrücklichen Bezug auf andere die liquidirte Forderung und ihren Betrag bestimmende und begründende Urkunden, welche sie ihrem vollständigen oder wenigstens wesentlichen Inhalt nach nicht enthält, allerdings eine Beziehungsurkunde — eine instrumentum referens sine relato — ist, welches nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht vollständig beweißt, überdieß aber ihrem Zweck und Inhalt nach eine Abrechnung über Forderungen und Gegenforderungen, also ein Rechtsgeschäft ist, welches auf das Vermögen der E. Reutlingers Wittwe unmittelbar sich bezieht, und darauf einen unmittelbaren Nachtheil äußern kann, sonach von der E. Reutlingers Wittwe nicht ohne Zuzug eines Beistands vorgenommen, und darüber von ihr ohne Mitunterzeichnung dieses Beistands nach L. R. S. 515 a. keine gültige Urkunde ausgestellt werden konnte, es aber bei den mannigfachen Rechtsstreiten der E. Reutlingers Wittwe eine gerichtskundige Thatsache ist, daß sie keine Handelsfrau war, sondern jederzeit zur Gültigkeit ihrer Rechtsgeschäfte eines Beistands bedurfte, alsdann aber bei Ungültigkeit der fraglichen Beweisurkunde der Liquidant vor dem Unterrichter gar nichts bewiesen hatte, ihm also nach §. 892 der Prozeßordnung ein besserer Beweis auferlegt wurde, woraus er keine gegründete Appellationsbeschwerde schöpfen kann;

In Erwägung, daß zwar der Appellant in einem Nachtrag zur Appellationsbeschwerdeschrift mittelst anderweitiger Urkunden nunmehr den ihm auferlegten bessern Beweis antritt, diese Beweisantretung aber in der nur mit der Beschwerde gegen den auferlegten bessern Beweis ergriffenen Appellation unzuläßig, und nicht zu berücksichtigen ist, weil dabei der Appellationsrichter nur die Frage zu entscheiden hat, ob der Liquidant nicht schon vor dem Unterrichter bewiesen hatte, zu dieser Entscheidung aber die dem Unterrichter nicht vorgelegten, sondern erst in der Appellationsinstanz vorgebrachten Urkunden nicht benutzt werden können, weil der Unterrichter in Unkenntniß dieser Urkunden den Appellanten mit dem auferlegten bessern Beweis durch diese Urkunden nicht beschwerte;

In Erwägung, daß die singuläre Vorschrift des §. 892 der Prozeßordnung, wornach über die Classification eines strittigen Anspruchs unter Vorbehalt eines noch zu führenden bessern Beweises endlich erkannt werden soll, hinsichtlich der dagegen zu ergreifenden Rechtsmittel dahin zu verstehen ist, daß ein solches Erkenntniß nur in Beziehung auf die Classification und die Zulassung des Anspruchs vorausgesetzt und hinsichtlich seiner vollen Bewiesenheit ein Enderkenntniß ist, und dagegen ein Rechtsmittel nur dahin ergriffen werden kann, daß überhaupt noch ein besserer Beweis auferlegt worden, oder daß die seiner Zeit noch besser zu beweisende Forderung nicht gehörig classificirt worden seie, daß aber ein Rechtsmittel gegen ein solches Erkenntniß nicht die Folge und Ausdehnung haben kann, daß nunmehr vor dem Oberrichter der bessere Beweis zu führen ist, indem sich der Gantunterrichter in seinem Erkenntniß gerade diese Führung dieses bessern Beweises vor sich selbst vorbehielt, er sonach in der Frage, ob besser bewiesen seie, noch gar kein Erkenntniß, demnach auch kein Enderkenntniß erließ, folgeweise der §. 1223 der Prozeßordnung bei Mangel des darin vorausgesetzten Enderkenntnisses um so weniger hier angewendet werden kann, als bei dem hier Statt findenden abgekürzten Verfahren der Beweis überhaupt mit der Klage sonach vor

dem Unterrichter anzutreten ist, wovon die §§. 884, 892 der Prozeßordnung nur beschränkend auf die fortwährende Pflicht zur Vorlage der Beweise vor dem Unterrichter auszulegende Ausnahmen sind, der §. 1224 der Prozeßordnung aber deßhalb keine Anwendung findet, weil der Unterrichter das Verfahren nicht verletzt, sondern ganz richtig in Anwendung des §. 892 aufrecht erhalten hat;

In Erwägung, daß die Zurückweisung des nach §. 892 der Prozeßordnung vorbehaltenen und nunmehr in appellatorio angetretenen Beweises an den Unterrichter nach den Vorschriften über das Gantverfahren im Allgemeinen um so augenscheinlicher wird, als dieser bessere Beweis in einem solchen Rechtsmittel nebenbei mit angetreten werden konnte, wonach §. 919 und 920 der Prozeßordnung der Gantanwalt, oder der Gemeinschuldner nicht mitverhandelnde Partei gewesen wäre, und wo das Erkenntniß über den bessern Beweis und die dadurch bedingte Zulassung der Forderung durch seinen unmittelbaren Bezug auf die Liquidität der Forderung den Gantanwalt oder den Gemeinschuldner unmittelbar berührt, aber alsdann kraftlos wäre, weil es in einem Appellationsverfahren über einen noch nicht in erster Instanz bestrittenen Gegenstand gegen den ergieng, der dabei nicht mit verhandelte, und doch das erste und nächste Intresse dabei hatte *);

In Erwägung, daß im besondern vorliegenden Fall die Verweisung des angetretenen bessern Beweises vor dem Unterrichter noch um so mehr rechtlich nöthig ist, als sonst in dessen Zulassung das Versäumungserkenntniß des Unterrichters hinsichtlich des bessern Beweises in einem Appellationsverfahren aufgehoben würde, wo darum nicht gebeten, oder nicht bescheinigt ist, daß um Wiederherstellung gegen das Versäumungserkenntniß angestanden, solche aber abgeschlagen worden ist, in welchem Fall, abgesehen vom §. 1178, allein nach §. 692 der Prozeßordnung ein Rechtsmittel ergriffen werden kann;

In Erwägung, daß hiernach der dahier angetretene bessere Beweis erst dann zu beurtheilen ist, wenn der Unterrichter darüber erkannt, oder aber die nachgesuchte Wiederherstellung gegen sein Versäumungserkenntniß abgeschlagen hat, so wird, hingesehen auf den §. 169 der Prozeßordnung, wegen der Kosten

zu Recht erkannt:

daß das ergangene Locationsurtheil des Stadtamts Carlsruhe in der Gant der C. Reutlingers Wittwe vom 25. Jan. 1833 hinsichtlich der vom Staatsminister v. Andlaw liquidirten Forderung lediglich bestätigt, und unter seiner Verfällung in die Kosten dieser Instanz ihm überlassen werde, den dahier angetretenen bessern Beweis seiner Forderung vor dem Stadtamt Carlsruhe vorzubringen.

Von Rechtswegen.

Sander.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Kann ein zugeschobener und auch angenommener Eid nach der Publication des Urtheils, welches auf dessen Ableistung erkennt, noch zurückgeschoben werden?

Franz Hennig gegen Mathes Hennig.

Zum Beweis einer Gegenforderung von 117 fl. 43 kr. hatte der Beklagte dem Kläger den Haupteid zugeschoben, welcher von diesem auch angenommen wurde. Nachdem ihm aber das unterrichterliche Urtheil, wornach er den Eid ausschwören sollte, am 25. April l. J. publicirt worden war, schob er in einer schriftlichen Anzeige de præs. 5. Mai, unter Bezug auf die §§. 584 und 594 der Prozeßordnung, dem Beklagten den Eid zurück. Ohne den Letzteren hierüber zu hören, verfügte das Amt am 17. Mai: „Die Zurückschiebung des Eides von Seiten des Klägers an den Beklagten findet nicht Statt.“ — Als Entscheidungsgrund hiefür wurde angeführt: daß die Bestimmung des §. 594, wornach die Partei, welche den Eid angenommen hat, so lang er noch nicht geleistet ist, von dieser Erklärung wieder abgehen kann, um den Eid zurückzuschieben ꝛc. ꝛc. dem §. 1165 widerstreite, inhaltlich dessen nach Verkündung eines Urtheils oder Zwischenbescheids Abänderungen der Bestimmungen desselben nur in Folge dagegen gebrauchter Rechtsmittel Statt finden.

Der Kläger ergriff gegen obige Verfügung in Zeiten die Appellation, welcher er unter Bezug auf §. 391 der Prozeßordnung mit dem Vorbringen Eingang zu verschaffen suchte, daß ihm durch die angeordnete Vornahme der Prozeßhandlung ein unabwendbarer Nachtheil zugehen würde. Er bemühete sich sodann, zu zeigen, daß der §. 594 eine Ausnahme von der Regel des §. 1165 enthalte und daß daher die eine neben der anderen sehr wohl bestehen könne. In der Zwischenzeit von der Verkündung des auf Eidesleistung erkennenden Ur-

---

*) Dieser Grund möchte nicht richtig seyn, denn so oft das Resultat des auferlegten Beweises auch auf die Interessen der Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger Einfluß hat, ist eben darum nach §. 919 der Prozeßordnung der Gantanwalt mit seiner Vernehmlassung über die Appellationsbeschwerde auch zu hören. Ob dabei das Rechtsmittel auch noch hinsichtlich eines andern Punktes, wobei die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger unbetheiligt ist, ausgeführt werde, ist gleichgültig. Hinsichtlich des erstern Gegenstandes, bei dem diese Gesammtheit betheiligt ist, bleibt die Vernehmung des Gantanwalts immerhin nothwendig. D. R.

theils bis zum Schwörungstermin dürfe der Eid, eben weil er noch nicht geleistet sei, noch immer zurückgeschoben werden. Es sei auch ganz dem Geiste unserer Prozeßordnung gemäß, daß die Leistung des Eides erst das Endziel zur Zurückschiebung seyn solle; in den v. Weilerschen Motiven sei ausdrücklich angeführt, daß das Interesse der Partei, zum Eid nicht genöthigt zu werden, hauptsächlich zu berücksichtigen sei und daß der zugeschobene Eid auch nach der Annahme immer noch zurückgeschoben werden könne. Das Interesse des Klägers, nicht zum Eide genöthigt zu werden, verdiene deßhalb hier vorzugsweise Berücksichtigung und deßhalb auch jene Bestimmung, welche bewirke, daß er von der Eidesleistung befreit bleibe. Nicht gleiche Berücksichtigung finde bei dem Beklagten Statt, denn er sei es, welcher das Beweismittel des Eides auf die Bahn gebracht habe und er müsse deßhalb auch alle aus seiner Zuschiebung entstehenden Folgen weit eher leiden. Der Appellant wollte daher abändernd erkannt wissen, daß die Zurückschiebung des Eides noch Statt finde rc. rc.

Der Appellat vertheidigte die unterrichterliche Ansicht und bezog sich insbesondere noch auf die §§. 575, 580, 592, 596 und 597 der Prozeßordnung mit dem Bemerken, daß eine Appellation gegen den Beschluß vom 17. Mai nicht mehr Statt finde, nachdem dieses Rechtsmittel gegen das am 25. April publicirte Haupterkenntniß versäumt worden sei.

Auf Vorlage der nach §. 1226 der Prozeßordnung beim Untergericht gepflogenen Appellationsverhandlungen wurde durch hofgerichtliches Decret vom 11. Juli l. J. die Berufung, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten, für unstatthaft erklärt.

Entscheidungsgründe:

„In Erwägung, daß zwar nach §. 594 der Prozeßordnung der zugeschobene und angenommene Eid, so lange er noch nicht geleistet ist, dem Deferenten zurückgeschoben werden kann;"

„In Erwägung dagegen, daß die Zurückschiebung allemal vor Publication des Haupterkenntnisses geschehen muß, damit darin, den §§. 379 und 597 der Prozeßordnung gemäß, ausgesprochen werden kann, was im Falle der Eidesleistung sowohl als der Nichtleistung die Folge seyn soll;"

„In Erwägung, daß der §. 1165 der Prozeßordnung nach Verkündung dieses Erkenntnisses solche Abänderungen, wie sie durch Zurückschiebung eines angenommenen Eides nothwendig herbeigeführt werden müßten, nicht mehr zuläßt, weil dadurch das aus der Urtheilspublication erworbene Recht des Deferenten gekränkt werden würde;"

„In Erwägung, daß nur in Folge eines von dem Delaten gegen das Haupterkenntniß gebrauchten Rechtsmittels von dem höheren Richter möglicherweise eine Abänderung hätte erkannt werden können;"

„In Erwägung, daß mithin der Oberrichter das Haupterkenntniß um so weniger abändern darf, als dagegen an ihn gar nicht appellirt worden ist;"

„In Erwägung, daß gegen den amtlichen Beschluß vom 17. Mai kein Rechtsmittel Statt findet, weil solcher, da die Hauptsache entschieden ist, weder als eine prozeßleitende Verfügung, noch als ein Zwischenurtheil betrachtet und ein unabwendbarer Nachtheil im Sinne des §. 391 der Prozeßordnung hier in so fern nicht behauptet werden kann, als es lediglich in dem Belieben des Appellanten steht, den von ihm angenommenen Haupteid zu leisten oder zu verweigern und so den vermeintlichen Nachtheil von sich abzuwenden oder denselben auf sich zu nehmen *);"

Aus diesen Gründen rc. rc.

Bayer.

*) Eben darin, daß dem Kläger, Appellanten nur noch diese Alternative (den Eid zu leisten oder zu verweigern) gelassen, und das dritte Recht, nämlich das des Zurückschiebens, abgesprochen wurde, liegt für ihn ein Nachtheil, der nach erfolgtem Purificationserkenntnisse nicht mehr abgewendet werden könnte.

Die Appellation mußte also wohl zuläßig seyn, und von der Entscheidung der Frage, ob nach verkündetem Urtheile die Zurückschiebung des Eides noch statthaft sei? hängt es ab, ob die Beschwerde auch materiell gegründet war oder nicht.

In dieser letztern Beziehung ist nun oben zwar nachgewiesen, daß eine Zurückschiebung des Eides gegen den Inhalt des Urtheils nicht zuläßig sei, aber immerhin ist der §. 594 der Prozeßordnung nicht beseitigt, welcher ganz entschieden ausspricht, daß der Eid nicht nur bis zum Erkenntnisse, sondern „so lang er noch nicht geleistet sei," zurückgeschoben werden könne.

Ist dieses letztere ein gesetzliches Recht dessen, dem der Eid zugeschoben wurde, und das am 25. April d. J. verkündete Erkenntniß ist damit nicht vereinbarlich, so wird daraus nur folgen, daß dieses Erkenntniß unrichtig sei, nicht aber, daß der §. 594 weichen müsse, wenn gleich dadurch, daß jenes Erkenntniß die Rechtskraft beschritt, das dem Kläger nach §. 594 zustehende Recht verloren gehen konnte.

Soll nämlich das auf den Haupteid erkennende Urtheil gesetzmäßig seyn, so muß es dem Delaten das nach §. 594 ihm zustehende Recht offen lassen. Es darf also nicht sagen, der Kläger habe zu schwören oder zu verweigern, sondern es muß ihm auch den dritten Weg, nämlich den der Zurückschiebung noch gestatten, und aussprechen, was in allen Fällen die Folge sei, z. B. in folgender, früher oft gebrauchten, Form:

„Würde der Kläger schwören, daß .... rc. rc., oder würde er diesen Eid dem Beklagten zurückschieben und dieser denselben alsdann verweigern, so würde die Gegenforderung des Beklagten rc. verworfen."

„Würde aber der Kläger den Eid rc. weder zurückschieben

IV.

Hofgericht am Unterrhein.

Eine Appellation ohne Beschwerde in der Hauptsache.

Grundherrschaft von Adelsheim gegen die Gemeinde Landenberg.

Die auf die Klage erkannte Ladung war an die Beklagte schlechtweg gerichtet und beigefügt, daß sich sonst nach §. 125 und 126 der Gemeindeordnung zu richten sei.

Wann und an wen die Insinuation geschehen, geht aus den Acten nicht hervor. Am 8. Mai v. J. erschienen indessen zwei Männer vor Amt, jedoch ohne Vollmacht von der Gemeinde, und baten um eine angemessene Frist zum Vortrag der Einwendungen, weil erst ein Anwalt aufgestellt werden müsse. Es wurde sofort eine Frist bewilligt und dieß den Comparenten sogleich eröffnet. Nachdem auch noch eine zweite Frist gegeben worden war, erließ das Amt auf klägerisches Anrufen am 2. August v. J. ein Versäumungserkenntniß, und lud den Bürgermeister nebst zwei Gemeinderathsmitgliedern auf den 16. ejusd. zur Publication vor. Es erschienen aber nur der Bürgermeister und ein Gemeinderath, welche nach Eröffnung des Bescheids erklärten, daß sie hiemit sich beruhigten. Am 3. Septbr. reichte der inmittelst aufgestellte Anwalt — unter Vorlage einer mit 25 Unterschriften versehenen Vollmacht sine dato — die Einwendungsschrift ein, worin vorausgesetzt wird, daß weder ein Versäumungserkenntniß ergangen, noch die vierzehntägige Wiederherstellungsfrist abgelaufen sei.

Das Amt rescribirte aber dem Anwalt: es sei bereits unterm 2. August ein Versäumungserkenntniß erlassen und dieses seinen Clienten am 16. ejusd. verkündet worden, weßhalb auf die verspätet eingereichte Einwendungsschrift um so weniger Rücksicht genommen werden könne, als der Ortsvorstand und ein Gemeinderath sich mit dem verkündeten Erkenntniß zufrieden erklärt hätten. Auf diese dem Anwalt der Beklagten erst am 9. Octbr. v. J. zugestellte Verfügung trug er in einem Exhibitum de præs. 2. März d. J. vor: daß die Publication vom 16. August v. J. nicht gelten könne, weil Versäumungserkenntnisse nach §. 657 der Prozeßordnung an die Bevollmächtigten und an die Partei zugleich verkündet werden müßten; es müsse daher auf der gesetzlichen Eröffnung um so mehr bestanden werden, als die zwei Gemeinderäthe, welchen das Erkenntniß publicirt worden, durchaus keine Vollmacht der Gemeinde aufzuweisen hätten.

Hierauf erwiederte das Amt am 18. März: es verbleibe bei der Verfügung vom 3. Septbr. v. J., indem die Verkündung des Erkenntnisses an den Bürgermeister und einen Gemeinderath hinreichend und zur besonderen Eröffnung an den Sachwalter der Gemeinde, welcher als solcher erst später aufgetreten, kein Grund vorhanden gewesen sei.

Gegen diese Verfügung, welche der Anwalt erst am 8. Juni durch die Post erhalten haben will, zeigte er am 13. ejusdem die Berufung an und reichte die Rechtfertigungsschrift am 23. Juli bei dem Hofgerichte ein, des Inhalts: die Beschwerde bestehe darin, daß das Urtheil gegen den §. 657 der Prozeßordnung und gegen den §. 126 der Gemeindeordnung durch die bloße Verkündung an den Bürgermeister und einen Gemeinderath als verkündet angenommen werde, wodurch der beklagte Theil den Vortheil verlieren würde, gegen das Versäumungserkenntniß die vierzehntägige Restitutionsfrist zu benützen. Als neue Thatsache führe man auf, daß die Gemeinde als solche auf den Blutzehnten (welcher den Streitgegenstand ausmacht) gar nicht habe belangt werden können, weil sie aus mehr als neunzehn Einwohnern bestehe und dieses daher nur Sache der Einzelnen und Pflichtigen sei, welchen das Versäumungserkenntniß hätte verkündet werden sollen. — Gebeten wurde:

> den Amtsbescheid (vom 18. März nämlich) dahin abzuändern, daß das Versäumungserkenntniß vom 2. August v. J. noch nicht als verkündet anzusehen, und daher die gesetzliche Verkündung an die Partei selbst vorzunehmen sei!

Es wurde jedoch am 8. August die gegen den amtlichen Beschluß vom 18. März d. J. eingewandte Appellation für unstatthaft erklärt.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß nach §. 1178 der Prozeßordnung gegen Versäumungserkenntnisse in der Regel keine Berufung Statt findet und daß es sich hier von keiner Ausnahme handelt, weil gegen das Versäumungserkenntniß vom 2. Aug. v. J. selbst weder appellirt, noch eine Beschwerde in der Hauptsache aufgestellt wurde;

In Erwägung, daß der Publicationsact, welchen der amtliche Beschluß vom 18. März d. J. für hinreichend erklärt,

---

noch leisten, oder würde im Falle des Zurückschiebens der Beklagte denselben dahin leisten, daß .... ꝛc. ꝛc. — so wäre der Beklagte berechtigt, seine Gegenforderung von ... ꝛc. an der klägerischen Forderung von ... ꝛc. in Aufrechnung zu bringen ꝛc. ꝛc."

Je nachdem nun durch den Wortlaut des Urtheils vom 23. April dieß Recht des Zurückschiebens wirklich ausgeschlossen oder nur übergangen wurde, hätte der Kläger dagegen die Appellation ergreifen, oder nur eine Erläuterung oder Ergänzung dahin, was Rechtens sei, wenn er den Eid zurückschieben wolle, bei dem Unterrichter nachsuchen sollen.

Hätte er in dem einen oder andern Wege ein Urtheil der bezeichneten Art erwirkt, so hätte er alsdann, ohne gegen eine Rechtskraft anzustoßen, von der Zurückschiebung des Eids Gebrauch machen können.

D. R.

an und für sich um so weniger zum Gegenstand einer Appellationsbeschwerde gemacht werden kann, als dadurch der Partei kein Nachtheil zugefügt und gegen das Urtheil selbst nur Wiederherstellung zuläßig ist;

In Erwägung, daß also die Beklagte, weil nach §. 672 der Prozeßordnung erst gegen den Beschluß, wodurch die nachgesuchte Wiederherstellung verworfen wird, die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt finden, vor allem Restitution bei dem Unterrichter suchen muß, wobei ihr unbenommen bleibt, näher auszuführen, daß schon die Zustellung der Ladung auf die Klage nicht ordnungsmäßig geschehen, daß die Publication des Versäumungserkenntnisses mangelhaft und für sie wirkungslos, auch dessen Behändigung an sie ganz unterblieben, und überhaupt der Streitgegenstand kein solcher sei, welcher die Gemeinde berühre, daher die bei der Publication von dem Bürgermeister und einem Gemeinderath abgegebene Erklärung den Einzelnen nicht präjudiciren könne;

In Erwägung aber, daß selbst dann, wenn die bei dem Unterrichter nachzusuchende Wiederherstellung verworfen werden sollte, nicht bloß dagegen, sondern zugleich auch gegen das Erkenntniß in der Hauptsache appellirt werden müßte, weil eine bloße Formwidrigkeit, wodurch das materielle Recht nicht verletzt wird, niemals zur Beschwerde gereichen mag;

In Erwägung, daß demnach hier, wo weder bereits Restitution gesucht und abgeschlagen, noch eine materielle Beschwerde erhoben ist, kein Rechtsmittel an den höheren Richter Platz greifen kann;

Aus diesen Gründen ꝛc. ꝛc.

Bayer.

V.

Merkwürdige Beurtheilung der Anwendbarkeit des Ehrenkränkungsgesetzes vom 28. Decbr. 1831.

S. klagte gegen Sch. wegen verschiedener Ehrenkränkungen und Verläumdungen auf Genugthuung.

Unter den Klagpunkten kam auch vor, daß der Beklagte den Kläger einer Marksteinverrückung, eines Handgelübdebruchs und eines Betrugs der ihm anvertrauten Gemeindecasse beschuldigt habe.

Das Bezirksamt erkannte diese Verläumdungsklage als ungegründet, verfällte aber den Beklagten wegen einfacher Ehrenkränkung zu einer Geldstrafe von 8 fl.

Der Kläger appellirte hiegegen, und der hofgerichtliche Referent begründete seinen Antrag auf Verwerfung des Recurses unter anderm mit folgender merkwürdiger Ausführung:

„Noch insbesondere ist anzumerken, daß das Gesetz der Ehrenkränkung (vom 28. Decbr. 1831) nur für solche Verunglimpfungen paßt, welche bürgerliche Vergehen zum Gegenstand haben. Sobald aber, wie hier, wirkliche Verläumdung, d. h. Beschuldigung von Criminalverbrechen, des Betrugs und des Bruchs von Handgelübden in Mitte liegen, findet jenes Gesetz nicht mehr Anwendung, sondern gehört schon nach §. 46 des Strafedicts in das Gebiet der peinlichen Gesetzgebung, wobei es dem Beleidigten freisteht, hierwegen bei der Criminalbehörde die Anzeige zu machen, von welcher sohin die Untersuchung einzuleiten und nach Art des angezeigten Verbrechens entweder von derselben das Urtheil zu schöpfen, oder in geeigneten Fällen an das Großh. Hofgericht einzusenden ist.“

„Nun werden in der Ehrenkränkungsklage die schweren Beschuldigungen erhoben, daß Beklagter nicht nur selbst mehrmals die Gemeindscasse betrogen, sondern auch Andere dazu verleitet habe, er soll selbst das Verbrechen der Marksteinverrückung verübt haben, worauf nach der richtigen Bemerkung des Appellanten schon für sich allein einjährige Zuchthausstrafe steht; die Strafe für den Handgelübdebruch als Gemeinderechner sei nicht einmal in Anschlag gebracht, so daß in dem Falle, als eine Untersuchung wegen solcher Verbrechen gehörig gepflogen worden wäre, allerdings das Hofgericht zu entscheiden hätte. Allein so schwere Anzeigen können nicht im Wege der Klage wegen Ehrenkränkung angebracht werden, und der Kläger hat solche Beschuldigungen auf ungeeignetem Wege erhoben, daher ich den Antrag mache, die ergriffene Appellation des S. gegen den amtlichen Bescheid von ꝛc. als unstatthaft zu verwerfen.“

H.

Anmerkung der Redaction. Wirklich merkwürdig! Also weiß ein Rath bei einem Gerichtshof, bei welchem das Ehrenkränkungsgesetz vom 28. Decbr. 1831 doch schon so oft zur Anwendung gekommen ist, noch nicht, daß durch den §. 16 dieses Gesetzes der citirte §. 46 des Strafedicts aufgehoben ist und nach §. 1 alle Verläumdungen, namentlich auch jene, welche in der fälschlichen Beschuldigung eines peinlichen Verbrechens liegen, unter die Bestimmungen des erwähnten neuen Gesetzes fallen! —

D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 34. | Karlsruhe den 23. August 1834.

I.

Rechtsfall über unterlassene Eintragung einer Eigenthumserwerbung in das Grundbuch.

Ein Landmann übergab seiner einzigen Tochter sein Vermögen bei Lebzeiten durch eine rechtsgültige unwiderrufliche Vermögensübergabe. Ein Jahr nachher ließ er sich als Unterhändler eines Fouragelieferanten gebrauchen, ward diesem aus diesem Verhältniß einige 100 fl. schuldig, und nachdem er darauf ausgeklagt und zur Zahlung verurtheilt war, ließ der Gläubiger, jedoch nicht ohne vorhergegangene Weigerung des Pfandgerichts, seine Forderung auf die der Tochter des Schuldners schon vor Jahr und Tag übergebenen Güter eintragen. Sobald dieß geschehen war, erhob er nun gegen die Tochter die Unterpfandsklage auf Zahlung, oder Abtretung der Unterpfänder, und die Beklagte ward in erster und zweiter Instanz dazu verurtheilt, weil sie ihre Vermögensübergabe nicht in das Grundbuch habe eintragen lassen, und daher die Pfandeinträge vom vorigen Besitzer noch gegen sie wirkten. Auf den Einwand der Beklagten, daß in ihrem Wohnsitz kein Grundbuch bestehe, ward keine weitere Rücksicht genommen, indem man annahm, daß dafür irgend ein anderes stellvertretendes Buch, etwa das Contractenprotocoll bestehe.

Gegen diese ihrer Bedeutsamkeit für die im ganzen Lande Statt findenden Vermögensübergaben nach wichtige Entscheidung wurden aber doch einige Bedenken geäußert, und eine entgegenstehende Entscheidung beantragt.

Es ist, wurde gesagt, vor Allem hier der unbestreitbare Satz anzuerkennen, daß die Tochter des Schuldners für die erst lange nach der Vermögensübergabe ihres Vaters entstandene Schuld nicht verhaftet ist, weil die Schulden eines Schenkgebers im allgemeinsten Sinn, welche erst nach der Schenkung entstehen, dem Schenknehmer nicht aufliegen. Wenn also von einer persönlichen Haftbarkeit der Beklagten keine Rede ist, so kann auch eine aus dem Namen und dem Rechte des Vaters abgeleitete Unterpfandsbestellung gegen die Beklagte nicht wirken, weil der Vater durch die unwiderrufliche Vermögensübergabe zu Eigenthum jedes Recht, und jedes Eigenthum an den übergebenen Gütern verloren hat. Man beruft sich nun auf die L. R. S. 939 a. ff. und auf den §. 25 des zweiten Einführungsedicts, wornach in Verbindung mit L. R. S. 1581 a. gegen die Beklagte allerdings die von ihrem Vater, dem vorigen Eigenthümer, abgeleitete Unterpfandsbestellung wirke, weil sie ihren Erwerb der Güter nicht in das Grundbuch habe eintragen lassen. Allein wenn auch Vermögensübergaben im Allgemeinen Schenkungen unter Lebenden sind, so haben wir doch darüber ein besonderes Gesetz vom 15. Sept. 1807, welches nach der Bestimmung des §. 18 des ersten Einführungsedicts ganz unzweifelhaft noch in Kraft geblieben ist, und woraus die kürzern etwa hier zur Anwendung kommenden Sätze des Landrechts zu erläutern sind. In diesem ganzen Gesetz wird zur gültigen Wirkung einer Vermögensübergabe gegen Jeden nirgends einer Eintragung in das Grundbuch erwähnt, sondern dafür stellvertretend die Veröffentlichung des Rechtsgeschäfts, die Abfassung desselben vor einem Staatsschreiber und die Bestätigung durch die Staatspolizeibehörde eingeführt. Da schon damals im Badischen eine der Eintragung in die Grundbücher ähnliche Einrichtung, jedoch ohne einen bestimmten Rechtsnachtheil bestand, der §. 17 aber gerade die Wirkung der Vermögensübergabe gegen die Gläubiger des Uebergebers bestimmt, ohne von einer Eintragung in das Grundbuch etwas zu erwähnen, so muß man annehmen, daß die eine solche Eintragung erfordernden L. R. S. nach der Bestimmung des §. 18 des ersten Einführungsedicts hier nicht in Anwendung kommen, weil das Gesetz vom 15. Sept. 1807 in dieser Beziehung nicht buchstäblich geändert ist *).

---

*) Ich meine denn doch, daß es kaum möglich gewesen wäre, die früheren Verschiedenheiten in Beziehung auf die Eintragung bestimmter und buchstäblicher aufzuheben, und diese Eintragung allgemeiner anzuordnen, als es durch den §. 25 des zweiten Einführungsedicts geschehen ist.

Diese Gesetzesstelle sagt:

„Jeder, der ein liegendes Eigenthum aus irgend einem

Man wird nun freilich sagen, der §. 25 des zweiten Einführungsedicts schreibt ganz allgemein für alle Erwerbstitel einer Liegenschaft die Eintragung in das Grundbuch vor, widrigenfalls der Erwerber sein Eigenthum vor Gericht nicht geltend machen kann, und es muß also auch der Erwerbstitel der Vermögensübergabe bei diesem Rechtsnachtheil in das Grundbuch eingetragen werden. Allein eben weil der §. 25 des zweiten Einführungsedicts das spätere allgemeine Gesetz ist, so hebt es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und nach der besondern Bestimmung des L. R. S. 6 c. das Gesetz über die Vermögensübergaben um so weniger auf, als ja solches im ersten Einführungsedict ausdrücklich aufrecht erhalten, und dieses Fortbestehen im zweiten Einführungsedict nirgends mit ausgedrückter Absicht oder durch nothwendige Folgerung aufgehoben wird. Wie aber schon gezeigt ist, so wird in dem Gesetz vom 15 Sept. 1807 nirgends dem Vermögensübernehmer die Eintragung in das Grundbuch vorgeschrieben, sondern der §. 13 macht sogar der Staatspolizeibehörde es zur Pflicht, die Eintragungen in die Erb- oder Befundbücher zu veranlassen, und wenn darunter die Grundbücher zu verstehen sind, so ist also der Erwerber ausdrücklich bei der Vermögensübergabe von der Eintragung seines Titels in das Grundbuch befreit, solche ist der Staatspolizeibehörde zur Pflicht gemacht, und wenn sie etwas darin versieht, so ist sie, nicht aber der Vermögensübernehmer dafür verantwortlich. Es läßt sich aber aus dem Gesetz vom 15. Sept. 1807 die Befreiung des Vermögensübernehmers von der Eintragung seines Erwerbstitels in das Grundbuch noch schlagender darthun, und es kann daraus insbesondere erwiesen werden, daß die Unterlassung der Eintragung in keinem Fall die Folge hat, daß der Vermögensübernehmer nunmehr sein Eigenthum vor Gericht nicht geltend machen kann. Das Gesetz vom 15. Sept. 1807 macht nämlich zwischen eigentlichen Vermögensübergaben, und zwischen Verpfründungen einen Hauptunterschied. Für letztere schreibt es nun im §. 31 vor, daß der Pfründgeber den Verpfründungsvertrag in das Grund-, oder wie es genannt wird, in das Gewährbuch eintragen lassen muß, da aber diese Vorschrift bei dem Vermögensübernehmer nicht wiederholt ist, so ist er per argumentum e contrario davon befreit, und die Unverläßigkeit dieses Arguments wird noch insbesondere dadurch vollständig gehoben, daß bei Vermögensübergaben nicht dem Uebernehmer, sondern der Staatspolizeibehörde die Pflicht der Veranlassung einer Eintragung in das Grundbuch auferlegt wird. Der Grund der Befreiung des Vermögensübernehmers von dieser Eintragung liegt auch auf der flachen Hand darin, daß die Vermögensübergabe nur an Erben geschehen kann, wo der Uebergang des Eigenthums also schon seinen gewöhnlichen, offenkundigen Weg insbesondere da hat, wo, wie hier, die Vermögensübernehmerin die einzige Tochter, und gesetzliche Pflichterbin war, der schon das Familieneigenthum am übergebenen Vermögen zustand. Wollte man aber auch nichts desto weniger für den Vermögensübernehmer eine Pflicht der Eintragung in das Grundbuch annehmen, so darf nicht übersehen werden, daß der §. 31 bei dem Pfründgeber an ihre Unterlassung nicht den Rechtsnachtheil der Unwirksamkeit seines Eigenthums vor Gericht in alle Zukunft, sondern nur den daran bindet, daß er die Eintragungsgebühren zur Strafe dreifach erlegen muß, und daß ihm keine Ersatzklage für ein als frei und ledig angegebenes Grundstück zusteht, wenn es nicht frei befunden wird. Damit ist ihm also nur eine Haftbarkeit für die zur Zeit des Verpfründungsvertrags bestehenden Pfand- und sonstigen Liegenschaftsschulden auferlegt, und da er im übrigen ein unwiderrufliches Eigenthum erhält, so ist er für spätere Pfandschulden nicht verantwortlich. Dieses gilt aber dann auch für den Vermögensübernehmer, denn, wie gesagt, entweder ist er gar nicht zur Eintragung verpflichtet, oder, wenn er es ist, so ist er es nur unter den Bedingungen des Pfründgebers, weil er mit ihm die größte Rechtsähnlichkeit, und ein beiden gemeinschaftliches Gesetz besitzt.

Bei diesen folgerichtigen Schlüssen ist es nun wohl unzweifelhaft, daß bei dem besondern Erwerbstitel der Vermögensübergabe eine Eintragung in das Grundbuch und sonach eine Anwendbarkeit des §. 25 des zweiten Einführungsedicts wegfällt, was um so mehr anzunehmen ist, als der Zweck dieser Eintragung nur die Veröffentlichung des Uebergangs des Eigenthums ist, und dieser bei Vermögensübergaben schon dadurch erreicht wird, daß sie vor öffentlicher Behörde errichtet werden müssen, und noch dazu die Bestätigung der Staatspolizeibehörde erhalten. Ja, da sogar überall angenommen

---

Rechtstitel erwirbt, ist schuldig, seinen Erwerb in das Grundbuch eintragen zu lassen."

Da nun nicht bestritten werden kann, daß die Vermögensübergabe auch ein Rechtstitel für den Erwerb liegenden Eigenthums ist, so kann auch nicht bestritten werden, daß der §. 25 des zweiten Einführungsedicts ausdrücklich auch für den Liegenschaftserwerb durch Vermögensübergabe die Eintragung vorschreibe, und daß er also, wenn die Vermögensübergaben durch das Gesetz vom 15. Sept. 1807 hievon auch besonders ausgenommen gewesen wären, dieses Gesetz in dieser Beziehung buchstäblich abgeändert hätte, wornach es auf alle weitere Erörterung, was das Gesetz vom 15. Sept. 1807 hierin angeordnet habe, nicht ankommen kann.

Ueberdieß ist die Eintragungsvorschrift gerade hinsichtlich der Vermögensübergaben durch das Landrecht sogar noch speciell vorgeschrieben, indem nach L. R. S. 1100 a. b. die Vorschriften des Abschnitts über die Form der Schenkungen, d. i. der S. 931—952 auch für Vermögensübergaben gelten, und unter diesen namentlich auch die Eintragungsvorschrift der Sätze 939—941 vorkommt.

D. R.

ist, daß bei dem im ganzen Lande vorkommenden Mißstand des Mangels der eigentlichen Grundbücher *), der Richter stellvertretend dafür andere öffentliche Bücher und Urkunden annehmen kann, so stand hier nichts im Wege, die öffentliche Vermögensübergabe, und die Tabellen, welche darüber beim Amt und Amtsrevisorat geführt werden, dafür anzunehmen, denn daß es gerade Contractenprotocolle seyn müssen, ist nirgends vorgeschrieben. Damit läßt sich auch der etwaige Einwand niederschlagen, daß das Gesetz vom Jahre 1807 nirgends der Grundbücher erwähne, denn es erwähnt dafür der Befund- und der Gewährsbücher, und diese sind jedenfalls stellvertretend für die Grundbücher.

Es läßt sich aus diesen Bemerkungen wohl entnehmen, daß der vorstehende Rechtsstreit hätte anders entschieden werden dürfen, allein ich muß noch auf einen Umstand aufmerksam machen, der in allen ähnlichen Prozessen über den Mangel der Eintragung in das Grundbuch von dem entscheidentsten Gewicht ist, und der, auf einer Thatsache beruhend, vom Anwalt nicht vorgebracht, und deßhalb vom Gericht nicht supplirt werden durfte. Er mag für andere Fälle andern Anwälten zum Gebrauch dienen, und würde vielleicht eine Wiederherstellungsklage nach §. 1253 der Prozeßordnung begründen.

Es ist mit der Eintragung der Erwerbstitel eines Grundeigenthums überhaupt ein sonderbares Ding und ein betrübender Beweis der Sorgenlosigkeit der Gesetzgebung. Man wirft so zu sagen den Staatsbürgern den §. 25 des zweiten Einführungsedicts an den Kopf, schreibt ihnen die Eintragung ihrer Erwerbstitel zur Gültigkeit ihres Grundeigenthums vor den Staatsgerichten vor, verspricht ihnen in einem Athem eine Instruction zur Führung der Grundbücher, bekümmert sich aber sodann nicht das Mindeste darum, ob denn wirklich diese Grundbücher bestehen, und denkt nicht daran, eine Instruction zu geben. Diese Instruction ist nicht gegeben *), und Thatsache ist es, daß beinahe niegends Grundbücher bestehen, nichts desto weniger wird der doch beides voraussetzende §. 25 des zweiten Einführungsedicts überall angewendet und vollzogen. Will man ihn nun vollziehen, so muß man ihn auch vollständig, und gegen Jeden vollziehen. Nun ist aber sein Hauptsatz der, daß Jener, welcher seinen Erwerbstitel des in Frage stehenden Guts nicht in das Grundbuch hat eintragen lassen, sein Eigenthum vor Gericht nicht kann geltend machen, und Folgerungen daraus sind, daß er kein Pfandrecht darauf geben kann, sondern sogar noch spätere Pfandrechte des frühern Eigenthümers gegen sich gelten lassen muß. Hier im vorliegenden Fall, und es gilt dieses mutatis mutandis für alle ähnliche, bestand nun im Wohnsitz der Beklagten kein Grundbuch, es ist also wohl nicht zu bezweifeln, daß auch der Vater der Beklagten seinen Eigenthumserwerbtitel nicht hatte in das Grundbuch eintragen lassen **), und daß er also daran kein gültiges Pfandrecht verwilligen konnte. Der Kläger und Gläubiger des Vaters der Beklagten leitete also sein Pfandrecht von Jemanden ab, der kein Pfandrecht geben konnte, und muß also nach dem S. 2182, und dem Rechtssprüchwort: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse possidet — diese schlagende Einrede sich gefallen lassen, weil er sein Recht von dem frühern Besitzer des Grundstücks herrnimmt, welcher zugleich der Autor des Besitzes des Beklagten ist, und welchem deßhalb bei der Gemeinschaftlichkeit des Autors diese Einrede zusteht, ohne daß man sagen kann, sie seie ex jure tertii geschöpft. Es tritt hier der S. 1640 a. und die bekannte Rechtsregel ein: quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio. Das Rechtsverhältniß des Grundeigenthums ist sonach bei uns folgendes: Durch Eintragung des Erwerbtitels in das Grundbuch wird das

---

*) Diese Voraussetzung ist sicher nicht richtig. Ich bin überzeugt, daß im ganzen Lande nicht eine einzige Gemeinde ist, welche kein Grundbuch hätte. Auf den Namen kommt es nicht an, der Sache nach muß es aber ein Buch seyn, welches nach dem §. 25 des zweiten Einführungsedicts für die Eintragung des Uebergangs liegenschaftlichen Eigenthums bestimmt ist, ob es nun Grundbuch, Contractenbuch, Gewährbuch, oder wie immer heiße.

Der Fehler ist nur, daß in vielen Gegenden bei einzelnen Erwerbsarten die Eintragungen in dieses, wie immer genannte, Buch vorschriftswidrig unterlassen werden.

Man kann aber, wenn in einer Gemeinde bisher z. B. nur die Liegenschaftserwerbungen durch Kauf, Tausch rc., nicht aber auch jene durch Erbtheilungen, Vermögensübergaben rc. in das fragliche Buch eingetragen wurden, keineswegs sagen, daß es für diese letztern Erwerbungen an der Eintragungsgelegenheit, nämlich an dem dazu erforderlichen Buche fehle.

Das für die Veröffentlichung des Eigenthumsübergangs an Liegenschaften bestehende Buch ist da, aber es wird gegen die ausdrückliche Vorschrift des §. 1 der hierüber ergangenen gedruckten Instruction vom Jahre 1824 da und dort nur unterlassen, alle Erwerbsarten darin einzutragen. D. R.

*) Dieser Irrthum rührt sicher von dem Umstande her, daß die im Jahre 1824 erschienene Instruction für die Führung der Grund- oder Gewährbücher auffallenderweise nicht durch das Regierungsblatt verkündet, sondern nur in besonders gedruckten Exemplaren an die Aemter, Amtsrevisorate und Ortsgerichte vertheilt wurde. D. R.

**) Es kommt darauf an, durch welchen Titel der Vater das Gut erwarb. Geschah dieß durch Kauf oder Tausch, so ist an der geschehenen Eintragung wohl kaum zu zweifeln.

Hat übrigens der Vater das Gut schon vor dem 1. Januar 1810 erworben, so kann seinem Eigenthum der Mangel des Eintrags nicht entgegengehalten werden, da die Vorschrift des §. 25 des zweiten Einführungsedicts nach L. R. S. 2 nur auf die seit damals erfolgten Eigenthumserwerbungen anwendbar seyn kann. D. R.

dominium, Eigenthum vor Gericht, erworben, mangelt dieser Eintrag, so ist das Recht an das Grundeigenthum nur possessio civilis, und entsteht nun zwischen zwei Personen, welche ihre Rechte von einem solchen possessor civilis ableiten, Streit, so geht nach dem Grundsatz beati possidentes, und nach L. R. S. 1141 der wirkliche Besitzer vor, der Andere kann sein liegenschaftliches Recht bei dem Mangel der Eintragung in das Grundbuch von seinem Autor nicht geltend machen, er hat keine dominium, und keine possessio, also lediglich nichts. Damit wird nun die oft entstehende Härte des §. 25 des zweiten Einführungsedicts bei dem Mangel der Grundbücher etwas ausgeglichen, und nicht zu beanstanden ist es, daß selbst während eines schon begonnenen Rechtsstreites der possessor civilis gegen den Andern noch die Eintragung in das Grundbuch vornehmen, und somit seine possessio zum dominium publicum erhöhen kann. Ja, es dürfte vielleicht im vorliegenden Fall die Beklagte auch nach erfolgtem Urtheil dieß thun, denn dem Kläger steht alsdann immer das entgegen, daß er sein Recht nur von einem possessor ableitet, und solches nicht vor Gericht geltend machen kann. Derjenige aber, der von einem possessor erwirbt, kann gegen einen andern Rechtsfolger des possessor immer seine possessio durch Eintragung des Erwerbtitels zum dominium erhöhen.

Sander.

II.

Bemerkungen über einige Fragen aus dem Prozeßrecht.

Es ist bei Obergerichten schon öfter der Fall eingetreten, daß nach gepflogenen Appellationsverhandlungen und Anhörung der mündlichen Rechtsausführung der Anwälte, das Gericht vorerst zu Berichtigung eines Punkts der Formalien ein Decret erließ, ohne daß, was gewiß sehr zweckmäßig gewesen wäre, in eventum das Urtheil gefällt und einstweilen, bis zu Berichtigung des formellen Punkts, zu den Acten notirt wurde.

Als nach Verlauf geraumer Zeit jenem Decrete durch die betreffende Partei genügt, und, wo es nöthig gewesen, auch noch die Gegenpartei darüber schriftlich gehört worden war, entstand die Frage:

> Ob nun auf mündlichen Vortrag des Respicienten in geheimer Sitzung das Urtheil gefällt werden könne, oder ob nicht vielmehr eine nochmalige mündliche Rechtsausführung Statt finden müsse?

Die Antwort möchte wohl im letztern Sinne zu ertheilen gewesen seyn. Denn bei den vielerlei Geschäften der Gerichte kann es in der Regel den Richtern nicht zugemuthet werden, daß sie bis zu dem Augenblicke, in welchem die Zwischenverhandlung geschlossen ist und nun die Entscheidung in der Hauptsache erfolgen soll, dasjenige noch getreu im Gedächtnisse bewahrt haben, was schon vor Monaten zur Vertheidigung und Bekämpfung der Appellationsbeschwerde vorgetragen wurde. Es wäre sogar möglich, daß in der Zwischenzeit Personalveränderungen im Gerichte eingetreten sind.

Wollte man es in dem fraglichen Falle für genügend erachten, daß die Richter, auch wenn ihnen wegen Länge der Zeit die Rechtsausführungen rc. der Parteien nicht mehr gegenwärtig sind und nicht mehr gegenwärtig seyn können, oder wenn sie solche gar nicht einmal selbst mit angehört haben, dennoch — etwa nach Durchlesung der Acten — ihre Stimmen zur Urtheilsfällung abgeben, so wäre man ganz in derselben Lage, wie wenn nach geschlossenen Appellationsverhandlungen, ohne angehörte mündliche Rechtsausführung, ebenfalls nur auf mündlichen Vortrag des Respicienten, judicirt würde; der mündliche Vortrag der Parteien wäre eine leere Formalität, die, wenn man sie im ersten Falle für entbehrlich halten wollte, man auch im zweiten Falle, also überall, für entbehrlich halten müßte.

In jenem Falle fehlte aber dann nicht nur die Garantie, welche die ältere Prozeßgesetzgebung durch Gestattung der schriftlichen Rechtsausführung in den Parteischriften, die wenigstens von zwei Votanten geprüft werden mußte, enthielt, sondern es würden auch alle die Vortheile hinwegfallen, welche die, in der neuen Prozeßordnung vorgeschriebene Procedur gewähren sollte, und von denen der Herr Verfasser der Motive zum Entwurf der Prozeßordnung (S. 98) besonders hervorhebt:

„daß durch den mündlichen Vortrag der Parteien diese und das Gericht die Sicherheit erlangen sollen, daß die Vorträge der Ersteren ganz in dem Sinne und dem Ausdrucke zur Kenntniß aller Gerichtsmitglieder gebracht werden, wie sie es wollen, während in dem Falle, wenn ein Richter allein den Vortrag erstattet, diese Sicherheit fehlt und dadurch die Thüre zu Anschuldigungen geöffnet ist, zu deren Geltendmachung in der letzten Zeit der Herrschaft der Obergerichtsordnung eine eigene Art von Restitution (ex culpa referentis) geschaffen werden mußte."

Man würde auch in der Prozeßordnung vergeblich nach einer Bestimmung sich umsehen, welche die Umgehung der nochmaligen mündlichen Verhandlung im obenerwähnten Falle *) gestattete, da jene in den §§. 1121 und 1122 als Regel vorschreibt, daß sogleich nach der geschlossenen Verhandlung über die Urtheilsfällung berathen und das Urtheil in der nämlichen Sitzung verkündet werden soll, nach §. 1124 nur ausnahmsweise zugelassen wird, daß die Berathung auf einen andern Tag verschoben werde, aber auch in diesem Falle, nach §. 1125, schon in der Sitzung, in welcher die mündliche Verhandlung geflogen worden war, die Tagfahrt zur Urtheilsverkundung bestimmt werden muß, woraus, der Natur der Sache nach, sich ergiebt, daß die vorbehaltene weitere Berathung in den ersten Tagen nach der Verhandlung, also so schleunig einzutreten hat, daß die mündlichen Parteivorträge den Votanten noch völlig gegenwärtig seyn können.

Kirn.

*) Es ist wohl zu merken, daß es nur um solche Fälle sich handelt, in denen eine mehrmonatliche Frist seit der ersten Deliberation, in der das Decret erlassen wurde, verstrich, so daß man die später nothwendige, weitere Deliberation über die endliche Entscheidung unmöglich als Fortsetzung der ersteren ansehen könnte.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 30. August 1834.

I.

Rechtsfall, die Legitimation des Kirchenfiscus zur Vertheidigung der von einem Dritten bestrittenen Verbindlichkeit des Letztern zur Entrichtung einer Schullehrerbesoldung betreffend.

In dem Schlosse zu Schüpf war im vorigen Jahrhundert von einem Grafen von Hazfeld (Besitzer der Herrschaft Schüpf) ein katholisches Religionsexercitium eingerichtet und eine Pfarrcuratie, so wie eine Schule gegründet, solche auch von dem Stifter und seinen Nachkommen unterhalten worden, ohne daß übrigens bis jetzt erwiesen ist, daß bestimmte Gefälle zur Dotation jener Anstalt gewidmet worden seien.

Die Grafen Hazfeld waren Vasallen des Bisthums Würzburg, es ist jedoch streitig, ob sie es zur Zeit der Errichtung der Schule schon gewesen sind, oder erst später ihre Besitzungen zu Lehen auftrugen.

Das Lehen Schüpf fiel in der Folge dem Lehensherrn heim. Dieser unterhielt jedoch die Schule; eben so sein Nachfolger in der Landesherrschaft, der Großherzog von Würzburg. Letzterer trat später die gedachte Herrschaft Schüpf an den Herrn Fürsten von Leiningen vertragsweise ab und der Herr Fürst verweigerte nun die fernere Besoldung des Schullehrers. Er wurde aber hiezu von der katholischen Kirchenbehörde im Jahre 1811 im Administrativwege durch Zwangsmaßregeln vermocht, und übte nachher sein ausgesprochenes Patronatrecht über die Schule aus, sicherte in der Präsentationsurkunde dem ernannten Schullehrer den früheren Gehalt zu und leistete denselben von 1808 an bis auf die neueste Zeit.

Im Jahre 1833 wurde jedoch von der fürstlichen Standesherrschaft eine Klage gegen den katholischen Kirchenfiscus bei dem Hofgerichte in Mannheim erhoben und um den Ersatz des bereits bezahlten Schullehrergehalts, so wie die Befreiung davon pro futuro gebeten.

Ersteres deßhalb, weil die frühere Bezahlung erzwungen worden sei, letzteres, weil keine Verbindlichkeit existire, indem der Vasall von Hazfeld sein Lehen ohne lehensherrlichen Consens mit der Besoldung nicht habe beschweren können und diese Besoldung nach Heimfall des Lehens immer nur aus Gnade verabreicht worden sei.

Nachdem der Beklagte mit seiner Einwendungsschrift vernommen und von beiden Theilen die ihnen gestattete schriftliche Rechtsausführung erhoben, auch in öffentlicher Sitzung nach §. 1126 der Prozeßordnung Vortrag erstattet worden war, erkannte das Hofgericht am 21. Febr. d. J., daß die fürstliche Standesherrschaft, unter Verfällung in die Kosten, mit ihrer Klage abzuweisen sei.

Die E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e lauteten dahin:

In Erwägung:

1) daß rücksichtlich des geforderten E r s a t z e s der von dem Herrn Kläger seit 1808 bezahlten Schulbesoldung die E i n r e d e d e r f e h l e n d e n P a s s i v l e g i t i m a t i o n als begründet erscheint, indem —

wenn der Ersatz wegen einer zur U n g e b ü h r g e l e i s t e t e n Z a h l u n g in Anspruch genommen worden wäre, solcher nach L. R. S. 1376 nur an den E m p f ä n g e r der Zahlung, also den S c h u l l e h r e r begehrt werden könnte,

da aber der Ersatz ausdrücklich deßhalb gefordert wird, weil das katholische Kirchendepartement durch seine, im Jahre 1811 angeordneten Zwangsmaßregeln die fürstliche Standesherrschaft zur Bezahlung des Gehaltsbeitrags genöthigt habe, ein solcher Zwang aber, wenn er, wie klägerischer Seits behauptet wird, w i d e r r e c h t l i c h gewesen seyn sollte, ein an sich verbotenes Unternehmen, also eine u n r e c h t e T h a t (L. R. S. 1382 a.) wäre;

nach L. R. S. 1382 zunächst nur der T h ä t e r zur Entschädigung angehalten werden kann;

nur P e r s o n e n als Urheber unrechter Thaten angesehen und diese Thäter nur mit ihrem e i g e n e n Vermögen für ihre unerlaubten Handlungen verantwortlich gemacht werden können; daher —

wenn auch eine Casse unter dem Namen „K i r c h e n f i s c u s" bestehen sollte, n i c h t d i e s e den Schaden zu ersetzen hätte, welchen jene Thäter, d i e M i t g l i e d e r d e r

Kirchensection, zufügten, sondern Letztere persönlich deßhalb in Anspruch genommen werden müßten;

und wenn ferner der Zwang auch zu Gunsten eines Dritten angewendet wurde, dieser Dritte doch keineswegs der gedachte Kirchenfiscus war, weil nicht dieser, sondern der Schullehrer den Gehaltsbeitrag bezogen hat, überdieß auch, wenn der Zwang nicht angewendet und von dem Herrn Kläger der Gehalt nicht bezahlt worden wäre, der Kirchenfiscus den Schullehrer nicht zu honoriren gehabt hätte;

In Erwägung:

2) daß zwar die Passivlegitimation rücksichtlich der begehrten Befreiung von künftiger Leistung des Gehaltsbeitrags vom Beklagten nicht bestritten wurde, daß solche aber nach §. 91 der Prozeßordnung vom Richter von Amtswegen geprüft werden muß, und ebenfalls nicht als vorhanden erscheint, weil

die Schulgemeinden überall, wo keine andern zureichenden Dotationen bestehen, zur Unterhaltung ihrer Schulen verbunden sind, daher der vom Herrn Kläger zu verabreichende Beitrag als ein Zuschuß für die Gemeinde zur Unterhaltung ihrer Schule betrachtet werden muß, und somit die Gemeinde Schüpf — wenn der Herr Kläger von der Beitragsleistung befreit, wegen dieses Ausfalls aber eine Gehaltsergänzung des Schullehrers erforderlich wird — solche zu leiden hätte; demzufolge

die gedachte Gemeinde, da ihr, bei der — zu Gunsten des Herrn Klägers ergehenden — Entscheidung gegenwärtigen Rechtsstreits, die alleinige Verbindlichkeit zur Unterhaltung der Schule verbliebe, daß nächste Interesse dabei hat, daß die fürstliche Standesherrschaft unterliege;

wenn der Kirchenbehörde zwar organisationsmäßig das Aufsichtsrecht auf Lehrstellen und deren Dotation zusteht, sie doch bei Fortdauer des standesherrlichen Beitrags nur aus Rücksicht auf das Bedürfniß des öffentlichen Unterrichts ein entfernteres Interesse, nämlich in so weit hat, als etwa nach Aufhören jenes Beitrags, wegen Mittellosigkeit der Gemeinde, die Existenz der Schule bedroht seyn könnte;

überdieß die Sachlegitimation der Kirchenbehörde, nach der vom Herrn Kläger selbst allegirten Stelle des Organisationsedicts von 1809 Beil. F. §. 20 d. nur auf die Vertretung wirklicher Stiftungen sich erstrecken würde, welche besondere Stiftungscassen oder besonders verwaltete Fonds besitzen, die bei Ausgang eines Rechtsstreits Gewinn oder Verlust zu erwarten hätten,

während es sich hier nur um Gewinn oder Verlust der Gemeinde allein handelt;

die Kirchenbehörde nicht berechtigt wäre — durch Anerkennung des Anspruchs der fürstlichen Standesherrschaft — der Gemeinde, welche seit vielen Jahren im Besitze des Beitrags zur Schulbesoldung sich befindet, diesen zu entziehen, und ihr dadurch die alleinige Unterhaltspflicht aufzubürden, —

die gedachte Behörde daher auch zu Vertretung der Gemeinde im gegenwärtigen Rechtsstreite eben so wenig legitimirt seyn kann, als sie es bei Rechtsstreiten der Gemeinden überhaupt ist;

Aus diesen Gründen 2c. 2c.

Kirn.

II.

Ueber die Streitverkündung.

In Nr. 23 und 24 der Annalen (zweiter Jahrgang) sind unter obiger Aufschrift sieben Fragen zur Erörterung gekommen, welchen hier noch zwei andere, gleichfalls zweifelhafte, angereiht werden.

1) Wie oft hat die Streitverkündung zu geschehen?

Sie findet nach §. 117 der Prozeßordnung in jeder Instanz und so lange Statt, als ihr Zweck in dem anhängigen Rechtsstreite noch erreichbar ist. Im alten Verfahren war es nichts Ungewöhnliches, daß die einmal geschehene Streitverkündung in den weitern Instanzen, die der Prozeß durchlief, erneuert wurde. Häufig geschieht dieß auch unter der Herrschaft der neuen Prozeßordnung. In mehreren Fällen, in welchen die Streitverkündung bereits in erster Instanz geschehen war, hat das unterrheinische Hofgericht die Erneuerung derselben entweder schlechthin unbeachtet gelassen, oder die Beiladung des Aufgeforderten geradezu abgeschlagen, indem man davon ausgieng, daß es genüge, wenn er einmal in den Stand gesetzt worden ist, sein und des Litisdenuncianten Interesse bei dem obwaltenden Rechtsstreite zu wahren.

Unzweifelhaft richtig ist diese Ansicht, wenn der Litisdenunciat der ersten Aufforderung keine Folge geleistet hat, weil angenommen werden muß, daß er an dem Streite keinen Theil nehmen will. Ist er hingegen in Folge der ersten Aufforderung dem Streite wirklich beigetreten, so wurde er dadurch nach den §§. 116 und 105 der Prozeßordnung zum Nebenintervenienten und Streitgenossen dessen, der ihm den Streit verkündet hat. Wenn nun der §. 98 der Prozeßordnung sagt: die mehreren Streitgenossen haben die Prozeßhandlungen gemeinschaftlich vorzunehmen; sie sind verpflichtet, einen gemeinschaftlichen Anwalt zu bestellen 2c. 2c., so folgt hieraus, daß eine zweite Streitverkündung überflüssig wäre, da es in dem Belieben des Aufgeforderten steht,

entweder an dem Streite durch alle Instanzen fortwährenden Antheil zu nehmen, oder zurückzutreten, und die Ausfechtung der Hauptpartei allein zu überlassen. Er kann zur ferneren Theilnahme so wenig, als zum Beitritt überhaupt gezwungen werden.

2) **Was ist die Folge in Bezug auf den dereinstigen Rückgriff, wenn der Litisdenunciant den Rechtsstreit fallen läßt, der Litisdenunciat hingegen solchen fortzusetzen beabsichtigt, die Gegenpartei aber ihre Zustimmung hiezu verweigert?**

Nach §. 109 der Prozeßordnung kann der Aufgeforderte als Nebenintervenient mit Bewilligung des Litisdenuncianten den Rechtsstreit entweder in eigenem Namen und zugleich als Bevollmächtigter seines Streitgenossen, oder allein in eigenem Namen fortführen. Will aber der Litisdenunciant den Streit ganz fallen lassen, so bedarf der Aufgeforderte nach §. 110 der Zustimmung des Gegners, um den Prozeß allein mit demselben fortzusetzen. Wird diese Zustimmung von der Gegenpartei verweigert, so ist der Aufgeforderte nicht legitimirt, den Prozeß weiter zu verfolgen. Natürlich ist es aber, daß die Gegenpartei, welche ein obsiegendes Urtheil für sich hat, niemals ihre Zustimmung dazu geben wird, daß der Nebenintervenient des andern Theils noch länger mit ihr prozessirt. Es entsteht auf diese Art die oben aufgeworfene Frage, deren Beantwortung für alle Fälle, wo die Streitverkündung *nach den Gesetzen* hätte geschehen sollen, im §. 14 der Prozeßordnung zu liegen scheint. Dort heißt es nämlich: „Hat die Partei ein Erkenntniß, gegen welches noch Rechtsmittel zuläßig waren, rechtskräftig werden lassen, so geht für sie durch die Unterlassung der Streitverkündung, zu der sie gesetzlich verpflichtet war, das Recht auf Gewährleistung oder Schadloshaltung selbst verloren." — Diese Bestimmung wird sich *analog* hier anwenden lassen, weil *nur* die durch ein Erkenntniß der *letzten* Instanz verurtheilte oder abgewiesene Partei ihren Rückgriff auf den Dritten, welchem sie den Streit zu verkünden verpflichtet war, nach §. 113 *nicht* verliert. In jedem andern Falle hingegen, wo die Hauptpartei zur Streitverkündung zwar *befugt*, aber nicht *verpflichtet* gewesen ist, dürfte der Rückgriffsklage bloß der Einwand und Beweis entgegengehalten werden können, daß Vertheidigungs- oder Beweismittel vorhanden gewesen seien, welche, wenn der Regreßkläger den Prozeß bis in die letzte Instanz fortgesetzt, oder wenn die Gegenpartei zur Fortsetzung des Rechtsstreits durch den damaligen Litisdenunciaten ihre Zustimmung gegeben hätte, einen günstigen Ausgang des Streits herbeizuführen geeignet gewesen wäre. — Uebrigens ist das unterrheinische Hofgericht von der im *ersten* Jahrgang Nr. 11 S. 67 der Annalen angezeigten Praxis schon längst zurückgekommen, und jener des Hofgerichts der Seeprovinz in der Art beigetreten: daß die Doppelschrift des die Streitverkündung enthaltenden Schriftsatzes — ohne alle Fristbestimmung — dem Aufgeforderten lediglich mitgetheilt wird, um sein Interesse bei dem gegenwärtigen Rechtsstreite auf geeignete Weise zu wahren.

Bayer.

III.

Nebenfolgen von peinlichen Verbrechen.

Außer der Strafe und den privatrechtlichen Folgen einer peinlichen Verurtheilung treffen den Verbrecher auch noch andere positive Nachtheile, welche, ohne daß darauf erkannt ist, kraft Gesetzes eintreten.

Hieher gehören namentlich:

1) die Eidesunfähigkeit nach dem §. 2 der Eidesordnung bei Denjenigen, welche einer Gotteslästerung, eines Meineids oder Gelübdebruchs schuldig erkannt, oder auch wegen anderer Verbrechen entweder zu mehr als einjähriger Zuchthausstrafe oder zur Ehrenentsetzung verurtheilt worden sind;

2) der Verlust des Adels nach §. 21 lit. e. des sechsten Constitutionsedicts hinsichtlich Aller, die wegen Verbrechen überhaupt eine peinliche Strafe verwirkten;

3) der Verlust des Rechts zur Anwohnung in Zunftversammlungen und zur Stimmgebung in Zunftsachen, nebst dem Verlust der Lehrfähigkeit und der Wählbarkeit zu Zunftämtern nach dem §. 24 lit. i. des sechsten Constitutionsedicts bei Allen, gegen welche eine Ehrlosigkeit ausgesprochen wurde;

4) die Ausschließung von Vormundschaften nach L. R. S. 443 hinsichtlich Aller, die zu einer peinlichen oder entehrenden Strafe verurtheilt wurden;

5) die Unfähigkeit zur Bekleidung eines Staatsamts, wenn gegen einen öffentlichen Diener, nach dem §. 12 der Erläuterungen von 1812 zum Strafedict, eine Dienstunwürdigkeit ausgesprochen wurde, welche Dienstunwürdigkeit nach der Natur der Sache überall auch da eintritt, wo der Diener nach dem §. 2 der Eidesordnung eidesunfähig geworden ist;

6) die Unfähigkeit zum persönlichen Kriegsdienst, mit der Verbindlichkeit einen Mann zu stellen, nach dem §. 10 des Conscriptionsgesetzes vom 14. Mai 1825, hinsichtlich Aller, welche eine Zuchthausstrafe erstanden haben;

7) der Verlust des Rechts, die bürgerliche Annahme in einer Gemeinde zu verlangen, nach §. 19 des Bürgerannahmsgesetzes vom 31. Decbr. 1831, hinsichtlich Aller, welche zu einer mehr als zweijährigen Freiheitsstrafe oder zur Dienstentsetzung verurtheilt worden sind, und auf die Dauer von fünf Jahren auch hinsichtlich Jener, welche überhaupt wegen Diebstahls oder Betrugs, wegen Unterschlagung oder wegen

eines ausschweifenden Lebenswandels mit irgend einer Strafe belegt wurden; endlich

8) die Unfähigkeit, als Bürgermeister oder als Gemeinderath gewählt zu werden, nach dem §. 13 der Gemeindeordnung, hinsichtlich Aller, welche eine Zucht- oder Correctionshausstrafe erstanden haben.

Wer außer diesen in acht verschiedenen Gesetzesstellen ausgesprochenen Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurtheilung und beziehungsweise einer erstandenen Strafe noch weitere anzugeben weiß, wird gebeten, eine Zusammenstellung dieser weitern Fälle in die Annalen einzurücken D. R.

IV.

Anfrage.

Joh. Braunwarth von B. schritt im Jahre 1789 zur zweiten Ehe mit A. M. Stüble.

Im Ehevertrag wurde zwischen dem Sohn erster Ehe, Joseph Braunwarth, und den zu erwartenden Kindern zweiter Ehe eine Einkindschaft in der Art errichtet, daß Joseph das Beibringen seiner Mutter von 1500 fl. mit einem großväterlichen Erbe von 661 fl., die Kinder zweiter Ehe aber das Beibringen ihrer Mutter A. M. Stüble mit 850 fl. als Voraus erhalten sollen, alles übrige Vermögen aber unter die Kinder beider Ehen nach Köpfen zu vertheilen sei.

Im Jahre 1805 machten beide Eheleute ein Testament, worin sie verordneten, zur bessern Gleichstellung der Kinder zweiter Ehe mit jenen der ersten Ehe, soll jedes derselben ebenfalls einen Voraus von 1000 fl. (statt alle mit einander nur 850 fl.) erhalten.

Im Jahre 1821 starb nun die A. M. Stüble mit Hinterlassung von fünf Kindern, es wurde ein Inventar aufgenommen und vom Amtsrevisorat die Theilung in der Art entworfen, daß mit Umgehung des 1805er Testaments nur dem Joseph der im Ehevertrag bedungene Voraus von 2161 fl. und den Kindern zweiter Ehe ihre 850 fl. voraus zugeschieden, der Rest in zwei Hälften getheilt, die eine Hälfte dem Vater, die andere aber den Kindern zweiter Ehe mit Ausschluß des Ersteehelichen zugewiesen wurde.

Joseph Braunwarth behielt sich, da die Andern die Theilung unterschrieben, hiezu unbestimmte Bedenkzeit vor, worauf die Sache liegen blieb, ohne daß von irgend einer Seite geklagt, oder Joseph nochmals vernommen, oder die Theilung vollzogen worden wäre.

Erst im Jahre 1828, als auch der Vater starb, kam es wieder zum Streit, wobei die Kinder zweiter Ehe den Joseph nach Maßgabe der 1821er Theilung von der auf die A. M. Stüble fallenden Gemeinschaftshälfte ausschließen und zugleich den im Testament von 1805 ihnen zuerkannten Voraus, soweit er Josephs Pflichttheil nicht verletze, geltend machen wollten.

In diesem Streite warfen sich nun hauptsächlich folgende Fragen auf, um deren Beantwortung gebeten wird:

1) ob Joseph zur Anfechtung der 1821er Theilung, weil er in der vorbehaltenen Bedenkzeit sich nicht näher erklärte, noch befugt oder als stillschweigend einwilligend anzunehmen sei? —

2) ob er zur Anfechtung nach S. 887 eine Viertelsverletzung nachzuweisen habe? —

3) und ob durch das Testament die rechtlichen Folgen des Einkindschaftsvertrags von 1789 modifizirt werden können? y.

V.

Zur Lehre von der Beweislast über Bedingungen.

Bei einigen Rechtsfällen gelangte die Frage zur Erörterung, welche von den Parteien beweisen müsse, wenn Streit darüber ist, ob der Vertrag, aus welchem geklagt wird, unbedingt, oder unter einer Bedingung eingegangen worden sei?

Ich glaube, daß bei der Lösung dieser Frage folgende Fälle zu unterscheiden seyn dürften:

1) a. Der Beklagte stellt den Einwand entgegen, daß der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung eingegangen worden, und diese fehlgeschlagen sei.

In diesem Falle ist der Grund zur Anwendung des durch die L. R. S. 1168 und 1181 Abs. 1 stillschweigend gebilligten Grundsatzes vorhanden, wornach in Folge des Fehlschlagens einer aufschiebenden Bedingung die den Klaggrund bildenden thatsächlichen Verhältnisse als nicht eingetreten betrachtet werden müssen. Da somit die Thatsache, daß der Vertrag unbedingt eingegangen, oder die zugefügte Bedingung eingetreten ist, sich als eine die Existenz des Vertrages bedingende Voraussetzung darstellt, so treten in dem gedachten Einwande lediglich die den Begriff einer verneinenden Einlassung bestimmenden Merkmale hervor, und es ist somit, gemäß der Disposition des §. 400 und 401 der Prozeßordnung, Sache des Klägers, zu beweisen, entweder daß dem Vertrage keine Bedingung zugefügt, oder die zugefügte Bedingung eingetreten sei.

b. Der Kläger verlangt auf den Grund des L. R. S. 1183 von dem Beklagten, daß er das Empfangene zurückgebe, weil die dem Vertrage beigefügte auflösende Bedingung erfüllt sei.

Da in diesem Falle die Existenz der Bedingung als der Titel des von dem Kläger geltend gemachten Rechtes auf den Rückerwerb der Sache sich darstellt, so hat der Kläger

auch den Beweis des Eintretens der Bedingung zu führen, wenn von Seite des Beklagten hierüber ein Widerspruch vorliegt.

2) Stellt der Beklagte den Einwand entgegen, daß die zugefügte aufschiebende Bedingung noch im Schweben begriffen sei, so liegt dem Kläger ob, zu beweisen, daß die Bedingung jetzt schon eingetreten sei. Denn da nach dem L. R. S. 1181 Abs. 1 das Rechtsverhältniß erst von dem Momente der Verwirklichung der Bedingung realisirbar ist, so liegt in dem gedachten Einwande nur die Erklärung versteckt, daß die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen zur Zeit noch nicht eingetreten seien, und es enthält somit derselbe einen Widerspruch eines Theiles des Klaggrundes.

Auf gleiche Weise gestaltet sich die Beweislast, wenn der Beklagte dem auf den Grund des L. R. S. 1183 den Rückerwerb einer Sache verfolgenden Kläger entgegensetzt, daß die Resolutivbedingung noch schwebe. Denn während des Schwebens dieser Bedingung hat der Kläger bloß eine Exspectanz, aber noch kein wirkliches Recht auf den Rückerwerb. L. R. S. 1168.

3) Der Beklagte giebt zu, daß die dem Vertrage beigefügte aufschiebende Bedingung erfüllt sei.

Da nach L. R. S. 1179 die erfüllte Suspensivbedingung auf den Anfang des Geschäftes rückwärts wirkt, so erscheinen nunmehr die den Grund der Klage bildenden Thatsachen als unbestritten, und es kann somit nach der Bestimmung des §. 393 der Prozeßordnung von dem Beweise derselben keine Rede seyn.

Das gleiche Verhältniß tritt dann ein, wenn der Kläger auf den Grund einer Resolutivbedingung den Rückerwerb einer Sache verfolgt, und der Beklagte das Eintreten derselben zugesteht, denn in Folge dieses Zugeständnisses stellt sich alsdann der Titel des den Rückerwerb bezielenden Rechtes als unbestritten dar.

4) Schon aus dem bisher Gesagten möchte übrigens hervorgehen, daß es nicht genügend ist, wenn der Beklagte bloß im Allgemeinen entgegensetzt, daß der Vertrag bedingt eingegangen wurde, sondern er hat vielmehr bestimmt anzugeben, ob die angebliche Bedingung fehlgeschlagen, ob sie im Schweben begriffen, oder ob sie erfüllt sei. Bedarf dieser Satz einer näheren Motivirung, so liegt dieselbe in dem §. 288 der Prozeßordnung, wornach der Beklagte sich bestimmt über jede einzelne, der Klage zum Grunde liegende Thatsache zu erklären hat. Er hat mithin kraft dieser Bestimmung genau und bestimmt anzugeben, in welchen Punkten sich das Thatverhältniß anders, als es der Kläger darstellte, verhalte, und welches der wahre Sachverhalt sei, indem nur hieraus der Richter ersehen kann, ob die Angabe des Beklagten, daß der Sachverhalt nicht mit der Darstellung des Klägers übereinstimme, in der That einen Widerspruch der der Klage zu Grunde gelegten Thatsachen enthalte.

Da nun nach der oben gegebenen Ausführung der Einwand des Beklagten, daß dem Vertrage eine Bedingung zugefügt sei, nur in dem Falle, wenn die Bedingung fehlgeschlagen, oder im Schweben begriffen ist, einen wirklichen Widerspruch des Klaggrundes involvirt, so hat der Beklagte auch hierüber sich bestimmt zu erklären.

Fischer.

Anmerkung der Redaction. Zu Nr. 1 und 2. Es kann zweierlei bestritten seyn:

a. entweder ob die Bedingung (bei dem Vertragsabschlusse) überhaupt gemacht,

b. oder nur, ob die gemachte Bedingung eingetreten, beziehungsweise erfüllt worden sei.

Zu a. Ist die Eingehung der Bedingung bestritten, so hat der Kläger jedesmal den Beweis zu führen, ohne Unterschied, ob die Bedingung für oder gegen seine Ansprüche laute, ob ihre Verabredung also von ihm behauptet und vom Beklagten widersprochen, oder aber vom Beklagten behauptet und von ihm, dem Kläger, widersprochen sei.

Im erstern Falle nämlich bildet der Umstand, daß die Bedingung festgesetzt worden sei, einen Theil des Klaggrunds, den der Kläger zu beweisen hat. Im andern Falle aber gehört die Behauptung, daß der Vertrag unbedingt so, wie vom Kläger angegeben, abgeschlossen worden sei, zum Klaggrund, da der Kläger auf den von ihm angegebenen Vertrag seine Ansprüche baut. Dieser unbedingte Vertragsabschluß wird aber vom Beklagten widersprochen, wenn derselbe behauptet, daß dabei noch eine weitere Bedingung gemacht worden sei. Zwar darf diese vom Beklagten angegebene Bedingung nicht ohne weiters als wahr angenommen werden, aber eben so wenig kann der vom Beklagten widersprochene unbedingte Vertragsabschluß ohne Beweis als wahr angenommen werden.

Hat übrigens der Kläger eine Vertragsurkunde vorgelegt, aus welcher der Vertragsabschluß, ohne daß darin von der angeblichen Bedingung die Rede wäre, hervorgeht, so hat er eben damit auch den unbedingten Vertragsabschluß bewiesen, und es wäre nun Sache des Beklagten, hinsichtlich der behaupteten Bedingung den Gegenbeweis zu führen.

Sind die Parteien einig, daß die Bedingung, sie möchte verabredet worden seyn oder nicht, jedenfalls eingetreten wäre, so ist der Streit über die erste Frage unerheblich. Ist aber anerkannt, daß die Bedingung nicht eintrat, so ist allein die erstere Frage entscheidend und der Kläger hat zu beweisen, daß die Bedingung, aus der er etwa für sich Rechte

ableiten will, gemacht wurde, oder daß, wenn der Beklagte die Bedingung behauptete, der Vertrag unbedingt abgeschlossen wurde.

Ist endlich zugleich auch die Frage bestritten, ob die Bedingung eintrat oder nicht, so hat der Kläger, wenn er die Bedingung für sich geltend macht, beides, sowohl die Verabredung derselben, als ihr Eintreten, darzuthun, andernfalls aber den alternativen Beweis zu führen, entweder daß der Vertrag unbedingt abgeschlossen, oder daß die Bedingung eingetreten, beziehungsweise erfüllt sei, wobei es überall keinen Unterschied machen kann, ob es sich um eine aufschiebende oder um eine auflösende Bedingung handle, und ob es sich darum handle, daß die Bedingung bereits fehlgeschlagen habe, oder nur daß sie noch schwebend sei.

Zu b. Der obige Aufsatz hat nun aber hauptsächlich den weitern Fall im Auge, da die Verabredung einer Bedingung gar nicht bestritten ist, und es sich nur allein um die Frage handelt, ob dieselbe in Erfüllung gegangen sei oder nicht.

Hier hat nun der Kläger, wenn er den Vollzug verlangt, bei einer aufschiebenden Bedingung zu beweisen, daß dieselbe bereits eingetreten sei. Bei auflösenden Bedingungen kann er aber, ohne daß es eines vorherigen Eintritts der Bedingung und also eines Beweises dieses Eintritts bedürfte, den Vollzug verlangen, und der Beklagte, der sich wegen des Eintretens der auflösenden Bedingung dem Vollzuge widersetzte, hätte dieses Eintreten der Bedingung, wodurch er von der Verbindlichkeit wieder frei geworden wäre, nach L. R. S. 1315 und §. 400 der Prozeßordnung zu beweisen.

Wäre aber die Verbindlichkeit schon vollzogen, und der eine Theil wollte wegen einer eingetretenen auflösenden Bedingung nach S. 1183 die Wiederherstellung des vorigen Zustands, also z. B. die Rückerstattung des Bezahlten, so hätte derselbe auch darzuthun, daß jene auflösende Bedingung wirklich eingetreten sei.

Zu Nr. 4. Nach dem §. 288 der Prozeßordnung hat der Beklagte sich

„bestimmt über jede einzelne, der Klage zum Grund gelegte Thatsache zu erklären, dieselbe zuzugestehen oder zu widersprechen;" —

er ist aber keineswegs verbunden, sich auch über Thatumstände zu erklären, welche der Kläger nicht vorgebracht hat.

Wenn also der Kläger angiebt, daß und welche Bedingung verabredet worden, und ob und wie dieselbe eingetreten sei, so hat der Beklagte diese einzelnen Angaben bestimmt einzugestehen oder zu widersprechen.

Hat aber der Kläger von einer Bedingung gar nichts gesagt, sondern lediglich auf den Vollzug einer angeblichen unbedingten Verbindlichkeit geklagt, so kann der Beklagte auch sich auf den bloßen Widerspruch beschränken, daß der Vertrag angegebenermaßen unbedigt abgeschlossen worden sei. Der unbedingte Abschluß ist der widersprochene Theil des Klaggrunds, und kein Gesetz verpflichtet den Beklagten, zugleich auch noch die Bedingungen, welche gesetzt worden seyn sollen, und von welchen in der Klage nichts enthalten ist, anzugeben.

Der Kläger hat alsdann auf diesen Widerspruch hin den unbedingten Abschluß zu beweisen, oder wenn er Bedingungen als verabredet anerkennt, aber deren Erfüllung behauptet, eine durch die deßfallsige Anführung vervollständigte neue Klage nach §. 346 und 347 der Prozeßordnung anzubringen.

D. R.

VI.

Ueber die Zuläßigkeit der Appellation und Oberappellation bei ewigen Gerechtigkeiten, die keiner sichern Schätzung unterliegen.

Die Obergerichtsordnung gieng im §. 128 bekanntlich von dem Grundsatze aus, daß Unmögliches den Parteien im Prozesse durch die Gesetzgebung nicht auferlegt werden könnte und demgemäß bei solchen ewigen Gerechtigkeiten die Nachweisung des Daseyns der für die Zuläßigkeit der Rechtsmittel erforderlichen Beschwerdesumme nicht zu verlangen sei; nur bei Gutsgerechtigkeiten sollte an die Stelle der unsicheren Schätzung der Gerechtigkeit die sichere des Guts, dem die Dienstbarkeit obliegt, treten. In letzterer Beziehung enthält die neue Prozeßordnung in §. 1171 Nr. 3 eine zweckmäßigere Bestimmung. Wenn aber die neue Gesetzgebung ebendaselbst in Nr. 7 von der Ansicht ausgeht, daß alles, was Gegenstand eines Prozesses werden kann, mit Ausnahme der Fälle des §. 1175 Nr. 6 und 7, einer sicheren Schätzung unterliege, so geht sie von einer so offenbar unrichtigen Unterstellung aus, daß die Gerichte nothwendig die nur im Gesetzbuche vorhandene Lücke, wie es in solchen Fällen gehalten werden soll, wo dem Appellanten wegen unverkennbarer Unmöglichkeit der Nachweisung des Daseyns einer bestimmten, also der in §. 1173 und 1239 vorgeschriebenen Beschwerdesumme, eine solche Nachweisung nicht zugemuthet werden kann, im Geiste des L. R. S. 4, nämlich nach der Natur der Sache, oder, mit dem L. R. Zusatz 4 a. zu reden, nach den Angaben des natürlichen Rechts über einen solchen Fall ergänzen müssen.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe zu einem Urtheile vom 24. Juli d. J., in Sachen des Klostermüllers Matthias Haas von St. Georgen, gegen Mathias Müller und Mathias Rapp in Brigach, Mühlenrecht betreffend, scheinen mir durch ihre gründliche Behandlung der vorlie-

genden Frage vollkommen geeignet, die Praxis in dieser Hinsicht zu fixiren. Sie lauten also:

In Erwägung,

daß das Daseyn der Oberappellationssumme oberappellatischer Seits bestritten wird;

daß auch Bannpflichten oder Zwangsgerechtigkeiten zu den Grunddienstbarkeiten — von welchen die Prozeßordnung, §. 1174 Nr. 3, spricht — nicht gehören;

daß eben so wenig nach Nr. 6 dieses Paragraphen von jährlichen Leistungen hier die Rede seyn kann und

daß sonach die Bestimmung Nr. 7 des erwähnten §. 1174 als Norm einzutreten hätte, wo es heißt:

„der Anschlag von Gegenständen, deren Werth nicht anerkannt ist, wird nach den Vorschriften über gerichtliche Schätzungen ausgemittelt;"

daß jedoch bei der vorliegenden Bannpflicht eine Schätzung mit einiger Bestimmtheit nicht wohl eintreten kann, indem hier nicht nur der dem Kläger entgehende Gewinn oder die von den Beklagten, Oberappellanten für den Gebrauch der Mühle zu entrichtende Gebühr, sondern auch die weitere Last derselben, daß sie zur Winterszeit nur mit vieler Beschwerlichkeit, mit nicht geringem Zeit- und Kraft- oder Kostenaufwand ihre Frucht in die Mühle des Klägers bringen können, mit in Anschlag und Berechnung gebracht werden müßte, dessen Geldwerth mit einiger Zuverläßigkeit sich nicht bestimmen läßt, wenn man nicht willkührlichen Annahmen Platz geben will;

daß mithin auch die Vorschrift unter Nr. 7 des angeführten §. 1174 hier nicht zur Norm dienen kann, da diese Vorschrift nur auf schätzbare Gegenstände geht;

daß daher der Richter, da unsere neue Prozeßordnung über solche nicht schätzbaren Gegenstände keine Bestimmung enthält, schon dieserwegen sich nicht dahin aussprechen könnte, daß vorliegende Sache wegen Mangels des erforderlichen Werths sich nicht zur Oberappellation eigne, sondern

daß er vielmehr, da es sich hier um eine ewige Gerechtigkeit handelt, die keine gewisse Schätzung zuläßt, der Vorschrift Nr. 3 des mehrerwähnten §. 1174 der Prozeßordnung rücksichtlich der Werthbestimmung bei Grunddienstbarkeiten analoge Anwendung geben muß, wobei der Umstand, daß Zwangsgerechtigkeiten oder Bannpflichten keine Grunddienstbarkeiten sind, die analoge Anwendung nicht ausschließt, indem Bannpflichten als Grundpflichtigkeiten und Dienstbarkeiten nicht nur verwandte Gegenstände sind, sondern auch die Rechtsähnlichkeit darin beruht, daß bei Dienstbarkeiten gerade aus dem Grund, weil ihr Werth sich nicht bestimmen läßt, der Werth des einen oder andern Grundstücks in Anschlag kommt, in welchem Fall dann für den vorliegenden Streitgegenstand das Daseyn der erforderlichen Oberappellationssumme oder das Geeignetseyn zur Oberappellation sich nicht bezweifeln läßt;

In weiterer Erwägung, was die Hauptsache betrifft, rc. rc.

N.

VII.

Ueber den Satz 845 des Landrechts.

Göbes gegen Sämann.

Unter dieser Rubrik findet man im ersten Jahrgang der Annalen Nr. 38 und 39 die Ansicht entwickelt, daß der L. R. S. 845 mit dem ganzen System der Lehre vom Pflichttheil in einen unverkennbaren Widerspruch gerathe, wenn man annimmt, daß der Zwischensatz: „so weit sie den gesetzmäßigen Betrag nicht überschreiten," bloß auf Vermächtnisse, und nicht auch auf Schenkungen unter Lebenden sich beziehe.

Das Großh. Oberhofgericht hat jedoch diese Ansicht für falsch erklärt, weil daraus, daß in dem Abschnitte des Landrechts — von der Einwerfung — gesagt sei, daß der verzichtende Erbe empfangene Schenkungen unter Lebenden einwurfsfrei behalten dürfe, nicht folge, daß diese Schenkungen nicht der Minderung unterworfen seien, wenn sie den Pflichttheil der Pflichterben verletzen. Annalen l. c. S. 378.

Allerdings sagt auch Zachariä (Handbuch des franz. Civilrechts, zweite Auflage, IV. Band, S. 157): Es kann sich der Erbe von der Verbindlichkeit zur Collation durch die Verzichtleistung auf die Erbschaft befreien, unbeschadet übrigens des den Vorbehaltserben zustehenden Reductionsrechts.

Er stellt jedoch diesen Satz, ohne zwischen Vermächtnissen und Schenkungen zu unterscheiden, ganz allgemein hin und führt dafür den Art. 845 des Code Napoleon an. Dieser Satz kann aber in seiner Allgemeinheit nicht bestehen, wenn man unterstellt, daß der L. R. S. 845 hinsichtlich der Schenkungen den Urtext abändere. Wenn gleichwohl in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern (neue Folge, erster Jahrgang, sechstes Heft, S. 457) bemerkt ist, daß der S. 845 mit anderen Sätzen des Landrechts nicht im Widerspruch stehe, so möchte die Richtigkeit dieser Bemerkung doch sehr bezweifelt werden.

Zachariä (in seiner dritten Aufl. IV. Bd. §. 685, S. 225) spricht sich nämlich dahin aus: daß die freigebigen Verfügungen, welche nicht dem Rückbringen (Collation, Einwerfung) unterworfen sind, eben so wenig der Einziehung (Reduction, Minderung) unterworfen seien.

Meint man nun, daß der L.R.S. 845 die unter Lebenden empfangenen Schenkungen dergestalt für einwurfsfrei erklärt, daß der verzichtende Erbe sie, selbst wenn sie den gesetzmäßigen Betrag überschreiten, behalten darf, so muß man ihn auch von der Einziehung entbinden, weil es sonst nicht wahr ist, daß er das Geschenkte behalten dürfe, wenn er wenigstens einen Theil davon im Weg der Minderung wieder herauszugeben angehalten werden kann.

Der Widerspruch, in welchen sich der oberste Gerichtshof verwickelt hat, liegt mithin ziemlich offen vor.

Bayer.

VIII.

Oberhofgericht.

In Sachen Franz Anton Gaß und Consorten zu Staufen gegen den Redacteur des ächten Schwarzwälders, Professor Zimmermann zu Freiburg, wegen Verläumdung und Ehrenkränkung.

Sind die Gläubiger einer Gantmasse befugt, die von dem verstorbenen Gemeinschuldner gegen ein, ihn verurtheilendes, auf eine Klage wegen Verläumdung und Ehrenkränkung durch die Presse erlassenes Urtheil, eingeführte Appellation fortzusetzen?

Auf die Klage des Franz Anton Gaß und mehrerer Bürger zu Staufen gegen Professor Zimmermann zu Freiburg, wegen Verläumdung und Ehrenkränkung durch die Presse, hatte das Großh. Hofgericht am Oberrhein den Angeklagten der Verläumdung und Ehrenkränkung der Ankläger für schuldig erkannt, zu vierwöchentlichem Arrest und zur Tragung der Gerichtskosten verurtheilt, so wie die Kläger für befugt erklärt, dieses Urtheil in das Blatt „der ächte Schwarzwälder" einrücken zu lassen. Gegen dieses Erkenntniß hatte Professor Zimmermann die Berufung rechtszeitig angezeigt und eingeführt, starb aber vor der mündlichen Verhandlung.

Das Großh. Oberhofgericht ließ nun die Erben des Appellanten zur Erklärung auffordern, ob sie die von ihrem Erblasser ergriffene Berufung fortsetzen wollten, worauf dieselben die Erbschaft ausschlugen.

Bei der sich zeigenden Ueberschuldung der Masse wurde Gant erkannt und auf Veranlassung des Großh. Oberhofgerichts — wie früher die Erben — jetzt die Gläubiger vernommen, von welchen sich mehrere für die Fortsetzung des Rechtsstreits entschieden.

In der hierauf zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagfahrt erörterte der appellatische, allein erschienene, Anwalt vorerst die Frage:

> Ob die Gläubiger des verstorbenen Appellanten befugt seien, die von demselben eingeführte Berufung fortzusetzen?

und glaubte, daß diese Frage aus folgenden Gründen verneint werden müsse:

1) Lasse es sich zwar nicht läugnen, daß die Gläubiger wegen der bereits erwachsenen Kosten dabei interessirt seien, ein abänderndes Erkenntniß zu erwirken, aber eben so gewiß sei es, daß die Gläubiger auf keinen Fall das Recht hätten, eine reformatoria in der Hauptsache zu verlangen, da es sich hier um die Ehre — ein jus personalissimum — dritter Personen handle. Hätten aber die Gläubiger das Recht nicht, den Rechtsstreit in der Hauptsache fortzuführen, so könnten sie es auch wegen der Kosten nicht haben, denn der Kostenpunkt sei ein, vom Hauptpunkte abhängiger Nebenpunkt.

2) Enthalte das Preßgesetz kein Wort von der abnormen Bestimmung, daß eine Berufung bloß wegen der Kosten zuläßig sei.

Wolle man aber auch

3) die Statthaftigkeit einer Appellation wegen der Kosten allein zugeben, so seie das hofgerichtliche Urtheil in der Hauptsache durch den Tod des Appellanten Zimmermann rechtskräftig geworden. Der Inhalt desselben habe aber — eben weil der Angeklagte verstorben — nur noch in so weit Interesse für die Ankläger, als sie dasselbe zur Wiederherstellung ihrer gekränkten Ehre in ein öffentliches Blatt einrücken lassen dürften. Entscheide nun der oberste Gerichtshof bloß wegen des Kostenpunkts abändernd, so gebe er dadurch seine abweichende Ansicht in der Hauptsache zu erkennen, wodurch das in dieser Beziehung rechtskräftige hofgerichtliche Erkenntniß, auf dessen Inhalt in der Hauptsache die Ankläger einmal ein wohlerworbenes Recht hätten, alle materielle Kraft verlöre.

Nachdem der Großh. Staatsanwalt im Interesse des Gesetzes die Bitte des appellatischen Sachwalters,

> „die Berufung für erloschen zu erklären,"

unterstützt hatte, erließ das Großh. Oberhofgericht folgenden

Bescheid:

Wird — in Erwägung, daß die Appellation von Professor Zimmerman noch bei dessen Lebzeit eingeführt und ausgehandelt worden ist, und daß die Gläubiger wegen der Kosten dieser und der folgenden Instanz allerdings ein Interesse haben, ein oberstrichterliches Erkenntniß zu verlangen, weil die Rechtskraft des hofgerichtlichen Urtheils durch die eingeführte Appellation suspendirt worden — die von dem appellatischen Anwalte in der heutigen Tagfahrt gestellte Bitte: „die ergriffene Appellation wegen eingetretenen Todes des Professors Zimmerman als erloschen zu erklären" als unzuläßig verworfen.

Hieraus ergeben sich zwei Fragen:

1) Reicht es zur Sachlegitimation hin, wenn man nur überhaupt ein Interesse an einem Streitgegenstand hat?

2) Hört ein Supensiveffect, den nur eine bestimmte Person herbeiführen konnte, durch deren Tod nicht auf?

v. Soiron,
Obergerichtsadvocat.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 6. September 1834.

I.

Ueber die Sammtverbindlichkeit der Pfandgerichte.

Man hat beinahe allgemein angenommen, daß die Pfandgerichtsmitglieder für ihr Versehen sammtverbindlich haften, allein diese Meinung läßt sich durch gar nichts rechtfertigen.

Der L. R. S. 1202 fordert unter dem Abschnitt der allgemeinen Bestimmungen über Sammtverbindlichkeit zur Entstehung derselben entweder ein ausdrückliches Gedinge der Parteien, oder eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes. Da nun die Schadensersatzverbindlichkeit der Pfandgerichte sich überhaupt nicht aus einem Vertrag, sondern aus einem Versehen — ex quasi delicto — ableitet, so kann von einem ausdrücklichen Gedinge der Sammtverbindlichkeit gar keine Rede seyn, ein ausdrückliches Gebot des Gesetzes für diese Sammtverbindlichkeit giebt es aber auch nicht, und insbesondere enthält das zweite Einführungsedict, welches die Stadträthe und Ortsgerichte zu Pfandschreibereien bestellte, darüber lediglich keine Vorschrift. Auch die Gemeindeordnung, welche die Bestellung des Gemeinderaths als Pfandschreiberei aufrecht erhält, ertheilt hierwegen keine neue Bestimmung, und so ist für diese Sammtverbindlichkeit anzuerkennen, daß sie sich auf kein ausdrückliches Gedinge der Parteien, und auf kein ausdrückliches Gebot des Gesetzes begründen läßt. Alsdann besteht sie aber nach L. R. S. 1202 in keiner Weise. Man hat deßhalb gesucht, sie auf die Vorschrift des L. R. S. 2127 a. zu begründen, allein man kann dieses nicht thun. Abgesehen davon, daß das Gesetz überall für die Sammtverbindlichkeit diesen Ausdruck selbst wählt, und dafür nur im L. R. S. 2025 den Ausdruck der Verbindlichkeit Mehrerer für die ganze Schuld substituirt, welches im Satz 2127 a. nicht wiederholt ist, so bezieht sich der Ausdruck des Gesetzes im S. 2127 a., die Verbindlichkeitserklärung für allen Schaden, nur auf die Quantität dieser Verbindlichkeit, nur darauf, daß aller Schaden, der unmittelbare und mittelbare, ersetzt werden muß, nicht aber auf die Qualität der Verbindlichkeit, nicht darauf, nach welchen Rechtsverhältnissen der verpflichteten Person diese Verbindlichkeit beurtheilt werden soll. Dieses letztere ist nicht Gegenstand der Bestimmung des S. 2127 a., sondern unterliegt den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes, also auch dem jede Sammtverbindlichkeit ausschließenden Satz 1202, was um so mehr anzunehmen ist, als nachgewiesen werden kann, daß der Gesetzgeber bei dem S. 2127 a. an gar keine solidarische Verbindlichkeit des Pfandgerichts denken konnte. Der Code Napoleon setzt bei dieser Frage bekanntlich den conservateur des hypothèques voraus, der eine einzelne Person ist, und wo also von einer Sammtverbindlichkeit, von einer Haftbarkeit Mehrerer keine Rede seyn kann, bei Einführung des Code Napoleon bei uns wurde nun im ersten Einführungsedict, wo der S. 2127 a. im Landrecht schon eingeschoben war, nach §. 15 über die Pfandschreibereien noch nichts hinsichtlich ihrer Bestellung verfügt, und so konnte der S. 2127 a. irgend eine Sammtverbindlichkeit Mehrerer nicht im Sinne haben, da man ja bei seiner Einschaltung im Landrechte noch gar nicht wußte, wer Pfandschreiber seyn soll, und ob Mehrere diesen Dienst zu übernehmen hätten. Der S. 2127 a. erwähnt deßhalb auch nur wieder einer Person, eines Ausstellers von Zeugnissen, und wenn nun im zweiten Einführungsedict die Pfandschreiberei Mehreren übertragen wurde, ohne daß man über die Art und Weise ihrer Haftbarkeit etwas festsetzte, so kann der nur von einer Person ausgehende S. 2127 a. die Sammtverbindlichkeit Mehrerer nicht begründen, weil er gerade das Daseyn dieser Mehreren nicht vor Augen hatte.

Die Sammtverbindlichkeit des Pfandgerichts folgt aber auch nicht aus ihrem Versehen, denn da der L. R. S. 1382 d. nur den bei einem Vergehen vorsätzlich — dolos — zusammenhandelnden Personen eine Sammtverbindlichkeit auferlegt, so schließt er die Sammtverbindlichkeit des Pfandgerichts aus Nachlässigkeit — ex culpa — aus, und auch die größeste culpa kann hier dem dolus nicht gleichgestellt werden, weil das Gesetz gerade nur den dolus, den bösen Vorsatz, zur Bestellung der Sammtverbindlichkeit verlangte. Es ist dieß auch ganz gerecht, denn bei mehreren zu einer unrechten, Andere beschädigenden Handlung zusammenwirkenden, und

diese Handlung gerade als Zweck sich vorsetzenden Personen liegt in dem gemeinschaftlichen Vorsatz die nämliche und gleiche Absicht, als wie wenn bei einem Vertrag mehrere Personen sich zu derselben Sache verbinden; bei einer Nachlässigkeit Mehrerer liegt aber gerade im Mangel eines Vorsatzes auch der Mangel eines gemeinschaftlichen Willens, und kein Grund ist vorhanden, sie der nur auf den Vorsatz beschränkten Sammtverbindlichkeit zu unterwerfen. Es kann also auch hier wieder eine Sammtverbindlichkeit des Pfandgerichts für ihre aus Nachlässigkeit entstandenen Versehen nicht begründet werden, und die Annahme einer solchen ist eine offenbare Verletzung der L. R. S. 1202 und 1382 d. Der Schutz der Capitalisten ist nicht bis zur Verletzung der Gesetze zu treiben.

Eine andere Frage ist aber, ob die Schadensersatzverbindlichkeit der Pfandgerichte nicht wenigstens eine untheilbare ist, allein auch dieses muß verneint werden. Die Untheilbarkeit einer Verbindlichkeit tritt nach S. 1217 und 1218 bei der Untheilbarkeit des Gegenstandes der Verbindlichkeit oder dann ein, wenn die Absicht der Verbindlichkeit den theilweisen Vollzug nicht zuläßt, est individuum solutione vel contractu. Die Schadensersatzverbindlichkeit ist aber im Allgemeinen nicht individuum solutione, weil sie als eine Verbindlichkeit, Geld zu zahlen, ihrer Natur nach theilbar ist, und individuum contractu ist sie nicht, weil sie ja auf gar keinem Vertrag beruht, weßwegen auch keine der ex delicto et quasidelicto entstehenden Verbindlichkeiten als untheilbar von irgend einem Rechtslehrer angesehen wird. Die Schadensersatzverbindlichkeit des Erblassers ist nach allen Rechtslehrern eine unter den Erben getheilte Schuld, und ist auch unter keinen der Fälle des S. 1221 zu bringen, wenn aber diese Verbindlichkeit sich unter den Erben theilen läßt, so muß sie schon in ihrer Entstehung eine theilbare seyn, weil gerade darin das Wesen der Untheilbarkeit liegt, daß sie nicht ex qualitate creditorum, sondern ex qualitate conventionis, seu rerum debitarum entspringt, und weil sie also theilbar unter den Erben eines Beschädigers sich nicht dadurch ändern, und zu einer untheilbaren Verbindlichkeit werden kann, wenn die den Schaden herbeiführende Handlung von Mehreren ausgieng. Hier kann nur von einer Sammt- nicht aber von einer untheilbaren Verbindlichkeit die Rede seyn, und da die erstere nicht im Gesetz begründet werden kann, so ist die Schadensersatzverbindlichkeit des Pfandgerichts sonach eine unter den Mitgliedern des Pfandgerichts pro parte virili getheilte Schuld, welche sich unter ihren Erben abermals pro parte hereditaria theilt.

Sander.

II.

Ueber die Berechnung der Diebstahlsstrafen bei Eintritt der Erschwerungen des Diebstahls nach den §§. 83—89 des Strafedicts.

Ueber diese Berechnung besteht zwischen dem hiesigen Hofgericht, und meines Wissens sämmtlichen andern Hofgerichten eine bedeutende Meinungsverschiedenheit, und daraus ein großer Unterschied in den Straferkenntnissen. Sämmtliche andern Hofgerichte schlagen nämlich zu der für den zu bestrafenden Diebstahl erkannten Strafe, ohne Unterschied ihrer Entstehung und ihres Grundes, jeweils das Quart derselben oder die Hälfte hinzu, so daß z. B. der an einem Vieh begangene wiederholte dritte Diebstahl von ihnen mit vier Jahren für den wiederholten dritten Diebstahl, und mit einem Jahr als Quart der einfachen Strafe für den Viehdiebstahl, also zusammen mit fünf Jahren Zuchthaus bestraft wird. Das hiesige Hofgericht dagegen entkleidet den mit den Qualificationen der §§. 83—89 begangenen Diebstahl seiner sonstigen Erschwerungs- oder Qualificationsgründe, betrachtet ihn sodann als für sich allein begangen, und allein mit seiner Qualification bestehend, berechnet hiernach die Strafe dieser Qualification, und schlägt sie der Hauptstrafe des Diebstahls dann hinzu, wenn nach andern bestehenden Verordnungen und Gerichtsmeinungen diese Nebenstrafe zugeschlagen werden kann. War sonach im vorangesetzten Fall der Viehdiebstahl der erste mit einer der fraglichen Qualificationen begangene Diebstahl, und der Werth des entwendeten Viehs z. B. 12 fl., so wird das Quart der ersten gemeinen großen Diebstahlsstrafe berechnet, aber der Zuchthausstrafe von vier Jahren nicht hinzugeschlagen, weil es zu unbedeutend wäre. Uebrigens glaubt man sich dabei an die Vorschrift des §. 97 hinsichtlich der Nichtverwandlung der bürgerlichen Strafen in die peinliche des Zuchthauses dann nicht gebunden, wenn das Hauptverbrechen selbst peinlicher Natur ist, denn alsdann steht der Verbrecher wegen dieses peinlichen Vergehens vor Gericht, und die Qualificationen der §§. 83—89 sind nur Schärfungsgründe, welche in der nämlichen Strafe des Hauptverbrechens zuerkannt werden können, so gut dieses z. B. für die Erschwerung der Fortsetzung geschehen kann. Der §. 97 bezieht sich nur auf den Fall, wo getrennte Thaten eines peinlichen und eines bürgerlichen Vergehens zur gleichzeitigen Bestrafung vorliegen.

Die Meinung des hiesigen Hofgerichts scheint aber nach unsern gesetzlichen Bestimmungen den Vorzug zu verdienen. Die andere Meinung bestraft die Qualificationen der §§. 83—89 geradezu nach dem Character und dem Wesen des Hauptverbrechens des begangenen Diebstahls als solchen, und läßt sonach die Qualification und ihre Strafe an sämmtlichen übrigen Qualificationen und Erschwerungen Theil nehmen,

allein diese Berechnung ist vom Gesetz nirgends vorgeschrieben, im Gegentheil ist im §. 83 und im §. 89 verordnet, daß diese Qualificationen um ein Quart höher bestraft werden, als andere gemeine Diebstähle von gleichem Belang, als andere Diebstähle unter gleichen Umständen der That. Durch den Ausdruck „andere gemeine Diebstähle“ werden nun gerade die Qualificationen der §§. 74 und 77 ausgeschlossen, denn diese Diebstähle werden vom Gesetz nicht gemeine genannt, und der Richter ist daher angewiesen, die Straferhöhung der Quart nicht mit diesen Qualificationen der §§. 74 und 77 zu berechnen, sondern die Qualification des §. 83 für sich im Verhältniß zu einem andern gemeinen Diebstahl von gleichem Belang, d. h. Werth zu betrachten, also wenn der Werth des gestohlenen Viehs die große Diebstahlssumme erreicht, ihn als großen Diebstahl zu erkennen, und dafür die Quart der übrigen Strafe hinzuzusetzen. Noch deutlicher ist dieß im §. 89 angeordnet, denn da dorten die Erhöhung um die Hälfte an das Begehen des zu bestrafenden Diebstahls unter gleichen Umständen der That gebunden wird, so liegt doch in dem Fall, wo ein Hofdiebstahl als solcher ein erster, dabei aber in Zurechnung früherer schon begangener Diebstähle ein vierter ist, offenbar kein Diebstahl unter gleichen Umständen der That vor, die Ungleichheit liegt ja gerade darin zu Tag, daß im Hauptverbrechen ein vierter Diebstahl bestraft wird, mit welchem ein erster begangener Hofdiebstahl unterläuft. Wenn der Hofdiebstahl auch ein vierter unter die Qualificationen der §§. 87, 88, 89 fallender Diebstahl ist, wenn der Inquisit zweimal als Wächter, einmal aus der Kirche, und zum viertenmal aus Hofgebäuden gestohlen hat, alsdann liegt ein zum viertenmal begangener Diebstahl mit den viermaligen Qualificationen des §. 89 vor, und alsdann trifft den Inquisiten fünf Jahre Zuchthaus, denn jetzt sind die gleichen Umstände der That vorhanden. Nach der andern Meinung trifft den zum viertenmal in die Qualification des §. 89 fallenden Inquisiten die gleiche Strafe, als wie den zum erstenmal darunter stehenden, und da der erstere offenbar ein boshafterer Verbrecher ist, als der letztere, so liegt schon in dem Ergebniß gleicher Strafe die Verwerfung der dahin führenden Meinung. Noch auffallender ist aber das Ergebniß, wenn die Markenberechnung bei der Bestrafung des Hauptverbrechens hinzutritt und nunmehr das Quart des eine gefriedete Sache von einem Gulden Werth entwendeten Inquisiten darnach berechnet werden soll, daß er früher ohne diese Qualification 1000 fl. entwendet hat. Das ist doch wahrlich kein Diebstahl von gleichem Belang, das ist doch fürwahr kein Diebstahl von gleichen Umständen der That. Der Sache nach sind die Qualificationen der §§. 83 ff. Schärfungs- Erschwerungsgründe der That des Diebstahls, da sie nun aber mit und in dieser That selbst zusammenkommen, so sollten sie, wenn noch andere Erschwerungsgründe in der nämlichen That zusammentreffen, nach dem Art. 163 der Carolina, und nach Anhang Nr. 77 nur nach dem höchsten Grad gerichtet und also dann angeschlagen werden, wenn sie diesen höchsten Grad bilden. Da aber unsere Gesetzgebung eigene Qualificationen des Diebstahls aus ihnen gemacht hat, so sind sie überall aber nur nach ihrem eigenen Bestand in Anrechnung zu bringen, und alle andere Qualifications-, Erschwerungs- und Schärfungsgründe sind nicht in die Berechnung ihrer selbstständigen Quart oder Hälfte zu bringen.

Sander.

III.

Rechtsfall über den gesetzlichen Eintritt in die Rechte des Gläubigers nach L. R. S. 1251 Nr. 3.

Die Mitglieder eines Pfandgerichts mußten die Capitalforderung zweier Gläubiger zahlen, weil solches in der Gant des Schuldners wegen einer vorgehenden aber nicht eingetragenen gesetzlichen Unterpfandsforderung von Kindern erster Ehe des Gantmanns verloren gieng. Sie wandten sich nun an die Ehefrau des Gantmanns, weil diese sich für beide Gläubiger sammtverbindlich gemacht habe, und verlangten von ihr die Bezahlung des an die Pfandgläubiger berichtigten Capitals, indem sie sich dabei auf den gesetzlichen Eintritt in die Rechte dieser Gläubiger nach §. 1251 Nr. 3 beriefen. Das Amt verurtheilte die beklagte Ehefrau zur Zahlung, allein in dem über ihre Appellation verfaßten schriftlichen Vortrag ward neben andern Gründen über die rechtliche Verurtheilung der beklagten Ehefrau zu obigem Punkt erwogen:

Der appellatische Theil beruft sich zur Geltendmachung dieses Rechts auf den gesetzlichen Eintritt in die Rechte des Gläubigers nach L. R. S. 1251 Nr. 3, auf einen von Mühlenbruch in der Lehre von der Cession der Forderungen aufgestellten allgemeinen Grundsatz, daß Jener, der eine ihm ganz oder zum Theil fremde Schuld zahlen mußte, auf Cession der Forderungsrechte Anspruch machen könne. Allein dieser Grundsatz entscheidet hier in der Frage, ob die Kläger kraft Gesetzes ipso jure in die Rechte der Gläubiger eingetreten sind, lediglich nichts, weil er sich nur gegenüber dem Gläubiger auf einen gegen ihn geltend zu machenden Anspruch auf Cession der Forderungsrechte, nicht aber darauf bezieht, ob ohne Cession und allein nur durch die Thatsache der Zahlung einer Schuld ein Uebergang der Rechte des Gläubigers auf den Zahlenden eintritt. Es ist dagegen wohl ein unbestreitbarer Grundsatz sowohl des gemeinen römischen Rechts als unseres Landrechts, daß der Dritte, welcher ein Rechtsverhältniß durch Zahlung tilgte, nicht in die Rechte

des Gläubigers eintritt, wenn er sich dieses nicht ausdrücklich bedingte, oder wenn ihn nicht eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes einweist. Das römische Recht bestimmt dieses in L. t. c. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt; und unser Landrecht im S. 1249. Indem aber die vertragsmäßige Einweisung in die Rechte des Gläubigers die Regel ist, so kann die vom Gesetz geschehende Einweisung in diese Rechte nicht ausdehnend erklärt werden, was auch Toullier VII. Nr. 139 bestätigt.

Wenn nun die Kläger zur Begründung ihres gesetzlichen Eintritts in die Rechte des Gläubigers sich auf den L. R. S. 1251 Nr. 3 beziehen, welcher lautet: das Recht des Eintritts kraft Gesetzes hat Derjenige, dem, weil er mit Andern oder für Andere die Schuld zu zahlen hatte, daran gelegen war, daß sie getilgt wurde — so erfordert diese gesetzliche Bestimmung, die allgemeinste des L. R. S. 1251, zu ihrer Anwendung offenbar zwei sehr zu beachtende Thatsachen und Bedingungen, nämlich zuerst, daß der Zahlende ein Interesse hatte zur Zahlung der Schuld selbst, und sodann daß diese Schuld in unmittelbarer oder in mittelbarer Beziehung eine gemeinschaftliche ihn in ihrem Rechtstitel selbst ergreifende Schuld mit Jenen war, für welche er gezahlt hat. Das Interesse des Zahlenden muß sich aber nicht aus reinpersönlichen Verhältnissen und ihm ganz allein zustehenden eigenthümlichen Ursachen ableiten, sondern es muß aus einer Verbindung mit dem Schuldtitel selbst abgeleitet seyn, denn es heißt im L. R. S. 1251 Nr. 3 ausdrücklich, das Interesse muß da seyn, **weil** der Zahlende mit Andern oder für Andere die Schuld zu zahlen hatte. Dieß tritt denn hauptsächlich bei Mitschuldnern, Sammtschuldnern, Bürgen und Gesellschaftern ein. Im vorliegenden Fall haben nun die Kläger dem Gläubiger jene Forderung bezahlt, wofür sich die Beklagte gegen den Gläubiger sammtverbindlich gemacht hatte, und da ihnen eine Absicht der Schenkung gegen den Gläubiger nicht zuzumuthen ist, so mögen sie bei Bezahlung dieser Schuld allerdings ein Interesse gehabt haben. Allein es waren die Kläger für die dem Ehemann der Beklagten vorgeschossenen Darleihen, wofür sich nur die Beklagte für sammtverbindlich erklärt hatte, weder mit- noch sammtverbindlich, es ist diese Schuld der Beklagten offenbar nicht als eine solche vermöge ihres Schuldtitels zu betrachten, welche die Kläger mit oder für die Beklagte zu zahlen hatten, denn die Kläger haben die Forderung des Gläubigers nicht für die Beklagte bezahlt, sondern sie haben, und sie haben allein den Gläubiger durch unvollständige Ausfertigung seiner Pfandurkunde an der Sicherheit für seine Forderung beschädigt, und dieser ihrer reinpersönlichen Pflicht des Ersatzes des Schadens, woran die Beklagte nicht Theil nahm, und nicht Theil nehmen konnte, haben sie gegen den Gläubiger damit Genüge geleistet, daß sie ihm **nicht die gemeinschaftliche Schuld mit der Beklagten**, sondern **den ihm verursachten Schaden an seiner Forderung gegen die Beklagte bezahlten**. Wenn man aber den gesetzlichen Eintritt in die Rechte des Gläubigers überhaupt nicht ausdehnend anwenden kann, so darf man ihn noch viel weniger da annehmen, wo Jemand einen Gläubiger ex delicto vel culpa an seiner Forderung beschädigt, gegen ihn eine unrechte That begangen hat, und nun dafür ihm verantworlich ist. Es ist eine uralte Regel des Rechts: nemo ex propria culpa exceptiones arripere potest. — und es wäre eine totale Verkehrung derselben, wenn man den eine unrechte oder unverständige Handlung Begehenden geradezu in die Rechte dessen kraft Gesetzes einsetzen wollte, gegen den er die unrechte Handlung begieng. Unser Gesetz hat nirgends eine solche Möglichkeit auch nur angedeutet, insbesondere hat es in den Sätzen über die Verantwortlichkeit der Pfandschreiber nirgends ihnen einen gesetzlichen Eintritt in die Rechte des beschädigten Gläubigers gewährt, wie es dieses doch z. B. bei den Erben im S. 873, bei den Bürgen im S. 2029, bei der Freundes-Zahlung von Wechseln im Anhangsatz 159 bestimmt, und so kann der S. 1251 Nr. 3 auf die Kläger keine Anwendung finden, sie können sich nicht als kraft Gesetzes in die Rechte des **entschädigten** Gläubigers eingewiesen betrachten, sondern bedürfen dazu der vertragsmäßigen Einsetzung in diese Rechte. Der S. 1251 Nr. 3 wird sich aber noch durch die Beschränkung in seiner Anwendbarkeit verdeutlichen, daß Jener, der zwar ein Interesse bei Zahlung einer Schuld hatte, solches Interesse aber nicht aus einem auf den Schuldtitel selbst abgeleiteten Rechtsverhältniß, sondern aus einem eigenthümlichen rein persönlichen, und für sich bestehenden Rechtsverhältniß ableitet, auf den gesetzlichen Eintritt in die Rechte des bezahlten Gläubigers nach L. R. S. 1251 Nr. 3 keinen Anspruch machen kann.

Obschon nun diese Auseinandersetzung über den S. 1251 Nr. 3 nicht zu einem richterlichen Ausspruch erhoben wurde, indem sich die Parteien vorher verglichen, so wird denn doch ihre Richtigkeit keinem erheblichen Zweifel unterliegen.

Sander.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 13. September 1834.

I.

Eine Berechnung der Oberappellationssumme nach §. 1174 Nr. 6 der Prozeßordnung.

Der Einsender dieses hält die vom höchsten Gerichtshofe bei Berechnung der Appellationssumme gemachte Anwendung des §. 1174 Abs. 6 nicht für die richtige, und erlaubt sich daher, seine Ansicht in den Annalen niederzulegen.

Die Gemeinde Triberg bezog, gestützt auf ein östreichisches Privilegium vom Jahr 1761, bis zum Jahr 1828 ein Drittel des in Furtwangen bei den Frucht- und Obstmärkten jährlich eingehenden Meßgeldes, ein anderes Drittel bezog die Herrschaft. Als die Herrschaft Triberg dem Großherzogthum einverleibt wurde und unsere Regierung diese Abgabe nicht mehr erheben ließ, mußte Furtwangen einsehen, daß sie solche auch nicht mehr an Triberg schuldig seyn könne und verweigerte daher die fernere Leistung. Triberg trat sohin mit einer Klage gegen die Gemeinde Furtwangen auf und erwirkte auch, worauf es hier allein ankommen wird, nachstehendes vom Großh. Hofgerichte zu Freiburg bestätigtes Urtheil:

„Die Gemeinde Furtwangen sei schuldig, der Stadt Triberg ein Drittel des Meßgeldes für 1829, 1830, 1831 und 1832 und eben so in Zukunft jeweils einen Drittel des Meßgeldesertrags alljährig und fürs Verflossene in drei Wochen zu zahlen."

Bei eingereichter Oberberufung wurde vom Großh. Oberhofgericht das Daseyn der Ordinationssumme in Zweifel gezogen und der Anwalt daher zur Begründung der Zulässigkeit in die öffentliche Sitzung vorgeladen. Obschon nun hier der Anwalt die Umstände geltend zu machen suchte, daß es sich um eine ewige, hinsichtlich ihres Betrags unbestimmte, ja unbegrenzte Abgabe handle, indem es im Urtheil nicht heiße, Furtwangen habe jährlich 9 oder 10 fl. Meßgeld an Triberg zu zahlen, sondern ein Drittel vom unbestimmten Ertrage, und demnach der §. 1174 Nr. 6 nicht anwendbar sei, weil dieser Absatz 6 des Paragraphen nur bei solchen jährlichen Leistungen angewendet werden dürfe, welche von bestimmter Größe wären, unbestimmte Größen aber bekanntermaßen nicht in ein bestimmtes Capital verwandelt werden könnten; obschon ferner darauf aufmerksam gemacht wurde, daß man keinen Durchschnitt aus den bisherigen Leistungen annehmen dürfe, weil notorisch das früher unbedeutende Dörfchen Furtwangen sich zu einem bedeutenden gewerbreichen Marktflecken erhoben habe, von hoher Regierung die Zahl der Märkte vergrößert worden sei und Furtwangen überhaupt an Population und Verkehr, dieses selbst durch die erst neuerdings daselbst creirte Post, zugenommen habe und sich also, was auf flacher Hand liege, das Meßgeld jährlich vergrößern müsse, und obschon endlich angeführt wurde, daß die Unbestimmtheit der Zahlung selbst in den Acten liege, indem für 1823 9 fl. 18 kr., für 1824 aber 9 fl. 58 kr. bezahlt worden seien und dergleichen mehr, und demnach eine Capitalisirung nach Abs. 6 des §. 1174 nicht geschehen könne, sondern eher noch der Abs. 3 oder 7 des allegirten §. 1174 analoge Anwendung finden müsse; so wurde dennoch der Abs. 6 l. c. in Anwendung gebracht und die Oberberufung wegen Mangels der Streitsumme für unzuläßig erklärt aus folgenden Gründen:

„In Erwägung:

1) „daß es sich hier um ein Drittel des jährlich zu Furtwangen erfallenden Meßgeldes handelt;"

2) „daß dieses Drittel Meßgeld nicht nur nach der Behauptung der klagend aufgetretenen Stadt Triberg, sondern auch nach dem Zugeständniß der beklagten Gemeinde Furtwangen in allen drei Instanzen im Durchschnitt per Jahr sich nur etwas über 9 fl. belaufe *);"

3) „daß dieses jährliche Gefäll von 9 fl. capitalisirt nicht einmal ein Capital von 200 fl. repräsentire;"

4) „daß aber die Oberappellationssumme nach §. 1239 der Prozeßordnung 500 fl. betrage; und daß endlich

5) „das Vorbringen der Oberappellantin, daß es sich hier um eine ewige Gerechtigkeit handle, der ergriffenen Ober-

*) Sollte offenbar heißen: „belaufen habe," denn beide Theile sind keine Propheten.

appellation darum Eingang zu verschaffen nicht geeignet sei, weil nach §. 1174 Nr. 6 der Prozeßordnung, besagend:

„bei jährlichen Leistungen kommt das Capital derselben in Anschlag,“

die in Frage stehende Gerechtigkeit, einen gesetzlich bestimmten (?), die Appellationssumme bei weitem nicht erreichenden Werth hat; in Erwägung dessen rc. rc.“

Wenn nun auch nach Inhalt des zweiten Entscheidungsgrundes beide Theile in den vordern Instanzen gesagt haben, nach dem bisherigen Ergebniß betrage das Meßgeld im Durchschnitt 9 fl., so kann diese Angabe bei Berechnung der Appellationssumme für die künftige, dem Wechsel unterworfene, Leistung nicht erheblich seyn; die künftige, jedoch ewige Abgabe ist und bleibt in ihrem Betrag unbestimmt und kann also jetzt nicht capitalisirt werden. Aber auch abgesehen von dem Vorgetragenen dürfte die Beantwortung der Frage:

„Was ist Rechtens, wenn die Gemeinde Furtwangen, im Falle das Drittel Meßgeld später jährlich 25 fl. betragen sollte, in welchem nach der Ansicht des Großh. Oberhofgerichts die Ordinationssumme vorhanden ist, die Leistung verweigert, und dann die Gemeinde Triberg die Exc. rec. jud. vorschützte?“

die Unrichtigkeit der gemachten Anwendung des §. 1174 Nr. 6 beweisen, weil der Richter diese Einrede für begründet wird erachten müssen, indem das rechtskräftige Urtheil ganz allgemein von einem Drittel des Ertrags spricht, es möge dieses Drittel betragen, was es wolle.

N.

II.

Begriff der Geschäftsführung. L. R. S. 1372.

Das Großh. Oberhofgericht hat in der neuen Folge seiner Jahrbücher, erster Jahrgang S. 372 seine Entscheidung auf eine neue, wie es scheint unrichtige, Theorie gebaut.

Sie besteht darin, daß der Halbvertrag der Geschäftsführung nur da vorhanden sei, wo der Geschäftsherr an der eigenen Besorgung des Geschäfts verhindert ist.

Es wird dieß gefolgert aus der Bestimmung des Art. 1372: daß der Geschäftsführer die Verbindlichkeit habe, das Geschäft bis dahin, wo es vollendet ist, oder der Geschäftsherr selbst dafür sorgen kann, fortzuführen.

Es ist zwar dieß eine Abweichung vom römischen Recht, welches die Pflicht des Geschäftsführers, angefangene Geschäfte zu vollenden, unbedingt statuirt, dennoch ist es meines Wissens noch keinem Lehrer des französischen Rechts beigefallen, aus dieser abweichenden Bestimmung der rechtlichen Folgen einer negotiorum gestio abweichende Grundsätze über die rechtlichen Voraussetzungen für das Daseyn einer Geschäftsführung abzuleiten.

Dieses ist durchaus unstatthaft, denn die Fragen: welche Thatsachen müssen vorhergehen, damit ein Rechtsverhältniß zu Stande komme? und die: welche rechtlichen Folgen hat das durch jene Thatsachen begründende Rechtsverhältniß? sind so schroff von einander geschieden, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die eine und die andere eine Vermischung durchaus nicht zulassen.

Die erste Frage nun ist hier zunächst aus Art. 1371 zu beantworten, welcher für alle Halbverträge vorschreibt, „daß sie freiwillige Handlungen seyn müssen, die in erlaubter Beziehung auf Rechte Anderer unternommen werden,“ und der Art. 1372 giebt die nähere Bestimmung dahin, „daß diese freiwillige Handlung in Besorgung der Geschäfte eines andern Rechtssubjects bestehen müsse, und daß alsdann das Rechtsverhältniß der neg. gestio begründet sei, gleichviel, ob der Geschäftsherr von jener freiwilligen Handlung Kenntniß hat oder nicht.“

Ob es zu dem Wesen der Geschäftsführung gehöre, daß die Absicht des Geschäftsführers auf die Besorgung fremder Geschäfte gerichtet sei, ist eine hier nicht zu erörternde Controverse des französischen Rechts; daß aber das, was die Art. 1372—1375 über die rechtliche Wirkung einer Geschäftsführung bestimmen, nicht zugleich als Bestimmung der Voraussetzungen dieses Rechtsverhältnisses betrachtet werden können, ist schon an sich klar, und fällt bei näherer Beleuchtung dieser Bestimmungen noch deutlicher in die Augen.

Art. 1372 sagt am Ende: der Geschäftsführer müsse Alles, was zum Geschäft gehört, übernehmen; ist darum Der, welcher diese Verbindlichkeit ganz oder theilweise vernachlässigt, gar nicht Geschäftsführer?

Art. 1374 und 1375 verpflichten den Geschäftsführer zur Sorgfalt eines fleißigen Hausvaters; — gehört deßhalb die gute Führung der Geschäfte mit zu dem Begriff der Geschäftsführung? Gewiß nicht, sondern aus diesen Gesetzesbestimmungen folgt nur, daß der Halbvertrag der Geschäftsführung gewisse rechtliche Wirkungen für den Geschäftsführer nur unter jenen factischen Bedingungen hervorbringt, während er auch ohne diese Bedingungen als Halbvertrag besteht, jedoch ganz andere Wirkungen für und gegen den Geschäftsführer erzeugt.

Ganz so verhält es sich mit der in Frage stehenden Bestimmung des Art. 1372; sie geht nicht auf den Begriff der negotiorum gestio, sondern lediglich auf die aus derselben hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten der beiden Betheiligten. Sie sagt nicht:

Wenn Jemand die Geschäfte eines Andern ohne dessen

Verhinderung besorgt, so ist der Halbvertrag der Geschäftsführung mit allen seinen rechtlichen Folgen für die Betheiligten gar nicht vorhanden, sondern sie sagt im Gegentheil:

Schon durch die Thatsache, daß Jemand das Geschäft eines Andern beginnt, übernimmt er die Verpflichtung, solches da, wo der Geschäftsherr an der eigenen Besorgung verhindert ist, fort zu besorgen.

Die ganz vernünftige Abweichung vom römischen Recht ist lediglich die, daß nunmehr der Geschäftsführer zur Fortführung des Geschäfts nicht mehr unbedingt, sondern nur für den Fall der Verhinderung des Geschäftsherrn verpflichtet seyn soll.

Die Behauptung dagegen, daß vermöge dieser Vorschrift gar keine Geschäftsführung vorhanden sei, wenn entweder der neg. gestor bei Verhinderung des Geschäftsherrn das Geschäft nicht zu Ende führt, oder wenn schon beim Beginn des Geschäfts der Herr desselben an der Selbstbesorgung nicht gehindert war, wäre durchaus unstatthaft, und würde im directen Widerspruch mit dem ersten Satz des Art. 1372 die offenbare Ungerechtigkeit herbeiführen, daß der Geschäftsherr, welchem ein Geschäft, an dessen Vornahme er nicht verhindert war, ohne sein Wissen von einem Andern schlecht besorgt, oder begonnen und nicht zu Ende geführt wurde, deßhalb gar keine Klage hätte.

Trefurt.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Appellation gegen ein Versäumungserkenntniß.

Schönig gegen Gremminger.

Nach Umfluß der zum Einredevortrag anberaumten Frist erließ das Amt Buchen am 6. Januar d. J. auf Anrufen des Klägers ein Versäumungserkenntniß, wodurch der Beklagte zur Zahlung von 400 fl. 10 kr. nebst Zinsen vom Tag der Klage verurtheilt ist. Bei der am 28. ejusd. Statt gehabten Publication wurde der Beklagte auf die Befugniß, Restitution nachzusuchen, aufmerksam gemacht. Dessenungeachtet zeigte er zwei Tage vor Ablauf der vierzehntägigen Wiederherstellungsfrist die Appellation an und bat um eine Abschrift des Urtheils, die ihm auch unter der Belehrung zugestellt ward, daß gegen ein Versäumungserkenntniß keine Appellation, sondern nur Wiederherstellung Platz greifen könne.

Nun bat der Beklagte in einer schriftlichen Eingabe de pto. 25. Febr. d. J. bei Amt um Aufstellung eines Officialanwaltes und zugleich um Restitution, indem er eine höhere Gewalt, nämlich seine Armuth und Unfähigkeit zur gerichtlichen Vertheidigung als Grund dafür anführte und einen Schriftsatz vorlegte, welcher als Einrede angenommen werden sollte.

Das Untergericht gab jedoch dem Beklagten nach Beschluß vom 1. März den Schriftsatz zurück und schlug auf einen Bericht des Ortsvorstands unterm 27. ejusd. das Gesuch um Zulassung zum Armenrecht ab, ohne etwas Weiteres über das Wiederherstellungsgesuch zu verfügen. Am 3. Mai lief dann eine Appellationsbeschwerdeschrift bei dem Hofgerichte ein, die dasselbe dem Schriftverfasser zurückstellen ließ, weil sie von keinem Procurator übergeben war. In dieser am 23. Juni durch einen Obergerichtsadvocaten verexhibirten Schrift ist die Beschwerde gegen das Versäumungserkenntniß vom 6. Januar gerichtet und dabei bemerkt, daß dem Beklagten, nachdem er die Wiederherstellungsfrist versäumt habe, nur noch das Rechtsmittel der Berufung mit Restitutionsbitte übrig bleibe, indem er durch das amtliche Urtheil allzusehr beschwert wäre und sein ganzes Vermögen einbüßen würde, wenn er die eingeklagte Summe bezahlen müßte. Unkenntniß der Prozeßordnung und Armuth des Beklagten wurden als Restitutionsgründe angeführt. Diese und noch zwei weitere Gründe beweisen zugleich, daß auch der Schriftverfasser an einer merklichen Unkenntniß der Prozeßordnung laborirt; denn er wollte sogar darin Grund zur Restitution finden, daß der Beklagte im Laufe der siebenwöchentlichen (!) Frist bei dem Amte um Wiederherstellung gebeten und noch vor Ablauf der ersten gesetzlichen Nothfrist (!) eine Erstreckung derselben nachgesucht habe, ohne daß seine Bitte zu Protocoll genommen und berücksichtigt worden wäre, obgleich er nach dem Gesetz dreimal um Verlängerung hätte einkommen können!

Auf die materielle Begründung der Beschwerde selbst folgt die Bitte: gegen das Versäumungserkenntniß vom 6. Januar Restitution zu ertheilen, sonach die Appellation zuzulassen und nach gepflogenen Verhandlungen zu erkennen, daß der Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit seiner Klage abzuweisen sei.

Der Anwalt wurde, nach Einkunft der Acten, in die öffentliche Sitzung vom 1. August vorgeladen, um die Statthaftigkeit eines höheren Rechtszugs gegen das Versäumungserkenntniß vom 6. Januar d. J. mündlich auszuführen.

Auf den mündlichen Vortrag erfolgte der

Beschluß:

„Wird die gegen das Versäumungserkenntniß vom 6. Jan. d. J. anher eingewandte Berufung unter Verfällung des Appellanten in die Kosten für unstatthaft erklärt, und das Amt Buchen unter Rückanschluß seiner Acten angewiesen, auf das am 25. Febr. bei ihm eingekommene Restitutionsgesuch nach Einforderung des durch Beschluß vom 1. März zurückgegebenen Einredevortrags in Gemäßheit der §§. 660 und 663 der Prozeßordnung das Geeignete zu verfügen.“

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß zwar die Verkündung des Versäumungserkenntnisses am 28. Januar, die Zustellung desselben aber, nach einem amtlichen Eintrag, erst zwei Tage vor Ablauf der gesetzlichen Wiederherstellungsfrist an den Beklagten geschehen ist;

In Erwägung, daß die vierzehntägige Wiederherstellungsfrist nach §. 658 der Prozeßordnung erst vom Tage der Behändigung des Versäumungserkenntnisses zu laufen beginnt;

In Erwägung, daß daher in Gemäßheit des §. 230 der Prozeßordnung der 10. Febr. als der in der amtlichen Officialbemerkung vom 1. März d. J. nicht benannte Tag der Zustellung angesehen werden muß;

In Erwägung, daß demzufolge das Wiederherstellungsgesuch nebst dem Einredesatz am 23. Febr. bei dem Untergerichte zeitig genug eingekommen und mithin kein Grund vorhanden gewesen ist, dem Beklagten, wie durch Beschluß vom 1. März geschehen, die Einwendungsschrift zurückzugeben;

In Erwägung, das vielmehr nach Maßgabe der §§. 660 und 663 der Prozeßordnung die Wiederherstellung, in so fern der nachgebrachte Einredevortrag erheblich war, hätte erkannt und eben die Verfügung hätte erlassen werden sollen, welche darauf, ohne vorgekommene Versäumung, zu ertheilen gewesen wäre;

In Erwägung aber, daß auf das Restitutionsgesuch selbst von dem Unterrichter noch nicht verfügt und daß nach §. 1178 der Prozeßordnung gegen Versäumungserkenntnisse, wenn wie hier die Beschwerde nicht darin besteht, daß der zugegebenen Versäumung ungeachtet die als Folgen derselben gegen die säumige Partei ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß sind oder das gesetzliche Maß überschreiten — keine Berufung zuläßig ist;

Nach Ansicht des §. 672 der Prozeßordnung, kraft dessen nur gegen den Beschluß, wodurch die nachgesuchte Wiederherstellung verworfen wird, die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt finden;

Aus diesen Gründen rc. rc.

Bayer.

IV.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall über die Bestimmung der Frist nach L. R. S. 1648 zur Anstellung der redhibitorischen Klage bei offenen Fehlern der gekauften Sache.

Der Müller M. bestellte bei dem Steinhauer A., der seinen Wohnsitz in einem andern Amte hatte, zwei Mühlsteine um einen verabredeten Preis. Noch inner der zur Ablieferung bestimmten Frist von vier Wochen wurde der eine Stein nach dem dritten Ort, von wo der Müller solchen abholen sollte, von dem Steinhauer gebracht, und solcher auch von dem Ersteren daselbst abgelangt, und der Kaufpreis dafür bezahlt. Den zweiten Stein hingegen holte derselbe nicht ab, berichtete vielmehr dem Erstern, daß er den schon erhaltenen Stein nicht brauchen könne, und er solchen gegen Rückgabe des bezahlten Preises wieder rücknehmen solle. Dieß veranlaßte den Steinhauer A., gegen den Müller M. bei dessen Amte auf Erfüllung des Vertrags dahin zu klagen, daß er den bestellten Stein ablange, und den bedungenen Preis dafür bezahle. Da die Verhandlung ergab, daß der Müller M. zur Zeit der Bestellung der Steine noch minderjährig gewesen, und dessen Mutter noch die Mühle als Meisterin umtrieb, gieng das Amt auf die weitere Einrede der Unbrauchbarkeit des Steins nicht ein, sondern wieß den Kläger einzig aus dem erstern Grunde mit seiner angestellten Klage ab, so wie auch dasselbe die vom Beklagten, jedoch erst in der Duplik gegen den Kläger erhobene Widerklage auf Rücknahme des bezogenen Steins, und Rückerstattung des dafür bezahlten Preises nicht annahm. Müller M., nunmehr mit Vollmacht seiner Mutter, stellte hierauf diese Klage gegen den Steinhauer A. bei dessen Amte an, in welcher er auch noch den Ersatz der Transportkosten für den Stein vom Beklagten verlangte, und seinen Anspruch auf die Behauptung zu gründen suchte, daß der Stein nicht wie verabredet worden, tauglich sei, rauhe und glatte Frucht drei Tage hindurch zu mahlen, sondern daß solcher überhaupt auch zum Mahlen unbrauchbar sei. In der Einrede wurde die Unbrauchbarkeit des Steins widersprochen, und sich darauf bezogen, daß es sich hier um keine verborgenen Fehler handeln könne, diese vielmehr sichtbar bei der Ablangung des Steins gewesen wären, die erst nach einem Jahr aber angestellte Klage auf Rucknahme der verkauften Sache als verspätet erscheine. Durch den amtlichen Bescheid wurde Kläger mit seiner redhibitorischen Klage abgewiesen, und dieß Erkenntniß durch Urtheil der zweiten Instanz lediglich aus folgenden Gründen bestätiget: Es ist zugestanden, daß der Mühlstein inner der vertragsmäßigen vier Wochen nach der untern 1. März 1831 erfolgten Bestellung von dem Beklagten abgeliefert worden ist, und es ergibt sich auch, daß Kläger erst in der Duplik des frühern Prozesses, achtzehn Monate nach Empfang des Steins, wiederklagend die erste Klage auf Rücknahme des Steins wegen Unbrauchbarkeit erhoben hat. Diese Unbrauchbarkeit soll sich darauf gründen, daß der Stein nicht nur untauglich sich zeige, rohe und glatte Frucht drei Tage hindurch gemäß der Verabredung zu mahlen, sondern daß solcher zu mahlen überhaupt sich unbrauchbar finde. Da dieser Mangel jedoch an der Beschaffenheit des Steins für einen Müller gleich erkennbar gewesen seyn müßte, so kann es sich

hier nicht um einen verborgenen Fehler der gekauften Sache handeln, sondern nur darum, daß der gelieferte Stein wegen offenen Fehlern zurückgenommen werden solle, weßhalb die Entscheidung des Streits sich zuvörderst auf die Frage zurückzieht, ob die angestellte Klage nicht nach dem hier in Anwendung kommenden L. R. S. 1648 als verspätet erscheine? Eine Frage, welche allerdings zu bejahen seyn wird. Nach gedachtem L. R. S. muß nämlich die redhibitorische Klage in einer kurzen Frist, welche nach Beschaffenheit der Mängel, oder dem Ortsgebrauch zu ermessen ist, angestellt werden. Der Ausdruck des Gesetzes „kurze Frist" deutet aber schon klar an, daß die fragliche Klage, sobald es dem Käufer immer möglich ist, und kurz nach Empfang der Sache erhoben werden solle, was auch ganz dem Grund dieser singulären Vorschrift entspricht, nach welchem hier Alles darauf ankommt, daß am Streitobjecte keine Veränderung vorgehe, und man sich vergewissern könne, daß der Fehler schon zur Zeit der Ablieferung vorhanden gewesen, und nicht in der Zwischenzeit entstanden sei. Das Daseyn eines Ortsgebrauchs für die Bestimmung einer Frist wurde von keiner Partei behauptet, und sieht man auf die Beschaffenheit der vorgeblichen Mängel, so waren solche auf der Stelle für den Käufer erkennbar, und so könnte man, weil offenbar der gleiche Grund vorhanden ist, nach Analogie des L. R. Anhangsatzes 92 a. f. als Maß der kurzen Frist, von der das Gesetz im S. 1648 spricht, vierzehn Tage von Uebernahme des Steins wohl annehmen; jedenfalls aber müßte die Frist, welche das frühere römische Recht für die Anstellung der redhibitorischen Klage gesetzt hatte, nämlich sechs Monate, als der allerlängste Termin hiezu auch jetzt angesehen werden, da das neue Landrecht diesen Termin eher zu verkürzen als zu verlängern offenbar beabsichtiget, folglich solcher höchstens als längstes Ziel unter besondern Umständen noch gelten könnte. Kläger hat aber achtzehn Monate verstreichen lassen, ehe er die Klage auf Zurücknahme des Steins und Ersatz des Kaufpreises erhob, und obwohl er behauptet, dem Verkäufer sogleich von der Unbrauchbarkeit des Steins Nachricht gegeben zu haben, so würde dieses doch nicht genügen, da er auf dessen Widerspruch wirkliche Klage hätte erheben sollen; indem das Gesetz ausdrücklich von einer Klage, nicht aber von einer bloßen Anzeige an Verkäufer spricht, weßhalb eine Beweisauflage über letztern Umstand ganz irrelevant wäre. Nebst dem aber, daß die angestellte Klage verspätet ist, worin allein schon die Entscheidung der Sache liegt, würde solche auch noch mangelhaft erscheinen, weil die Fehler des Steins in solcher nicht bestimmt und deutlich sich bezeichnet finden, sondern nur im Allgemeinen ein Urtheil über die Unbrauchbarkeit des Steins aufgestellt wurde. Für die Transportkosten endlich vom Orte der Ablieferung an würde die Klage auch bei einem Daseyn von Fehlern nicht begründet seyn, da diese Fehler immer offene waren, und Käufer, welcher den Stein von dem Ablieferungsorte zu holen hatte, Fürsorge hätte treffen sollen, daß der sichtbar fehlerhafte Stein nicht abgelangt, sondern auf Disposition des Verkäufers liegen gelassen werde.

Merk.

V.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall. Findet gegen ein auf falsche Unterstellung einer Eidesverweigerung gebautes, in sich nichtiges Purificationserkenntniß die Berufung Statt? (bejahend beantwortet.)

Kläger forderte an Beklagten einen Hauskaufsschillingsrest von 52 fl., welcher über die an Schuldenzahlung verwiesene übrige Kaufssumme noch baar nach dem Kaufbrief an Verkäufer entrichtet werden sollte. Bei Amte erschien Namens des Beklagten, eines sehr alten Mannes, der nicht mehr weiter gehen konnte, dessen Ehefrau mit ihrem Beistand, behauptete die Zahlung der baar beim Kaufe bedungenen 52 fl., und schob in Ermanglung eines anderen Beweismittels dem Kläger den negativen Haupteid darüber zu, welchen dieser aber wieder zurückschob, und den die Ehefrau Namens ihres Mannes auch annahm, worauf das Amt auf diesen zurückgeschobenen Eid erkannte, und das Erkenntniß hierüber dem Beklagten insinuiren ließ. Es berichtete aber sofort der Pfarrer an das Amt, daß Beklagter nicht wohl zum Eide zuzulassen sei, denn dieser Mann sei sehr alt, könne nicht zum Amte gehen, sei beinahe ein Kind, und von schwachem Gedächtniß. Dieser pfarramtliche Bericht wurde dem Kläger zur Aeußerung mitgetheilt, welcher die Erklärung abgab: Er könne nicht urtheilen, ob Beklagter zur Eidesablegung fähig sei oder nicht, und müsse dem Amte überlassen, die Sache zu verbescheiden. Ohne nun Beklagten selbst zu hören, oder über dessen Geisteskräfte Jemanden weiter zu vernehmen, fällte das Amt das merkwürdige Purificationserkenntniß: Es werde der Eid für verweigert erklärt, und Beklagter, gemäß §. 606 der Prozeßordnung, für schuldig erkannt, nebst Tragung der Kosten die eingeklagten 52 fl. binnen vier Wochen an Kläger zu bezahlen. Dagegen wurde beklagterseits die Berufung ergriffen, und nachdem während der zweiten Instanzverhandlung Beklagter verstorben war, ein abänderndes Urtheil erwirkt, durch welches dem Kläger der in erster Instanz zugeschobene negative Haupteid nunmehr zu schwören auferlegt wurde.

Die Entscheidungsgründe dieses Urtheils lauten dahin: Was den objectiven Einwand gegen die Zulässigkeit einer Berufung betrifft, daß nämlich gegen ein Eidespurifications-

erkenntniß keine Appellation Statt finde, so spricht dieses zwar der zweite Satz des §. 606 der Prozeßordnung in thesi aus. Allein! es ist dieser Satz bei seiner Anwendung mit dem ersten Satz dieses Paragraphen in Verbindung zu bringen, wo es heißt: „die Folgen der Verweigerung oder Leistung des Eides werden von dem Richter, vor welchem der Eid zu schwören war, in Form einer einfachen Verfügung ausgesprochen," und aus dieser Verbindung folgt, daß nur gegen eine solche einfache Verfügung. welche die Folgen nach dem Eintritt der rechtskräftig schon im ersten den Eid auflegenden Erkenntniß gestellten Bedingung ausspricht, keine Berufung Platz greife, daß aber eine Verfügung, welche einer Partei, ohne daß jene Bedingung des frühern eigentlichen Urtheils eingetreten wäre, dennoch die daran geknüpften Folgen unbedingt zur Last legt, nicht für ein Purificationserkenntniß, sondern für ein selbstständiges Urtheil zu halten sei, welches, als dem frühern rechtskräftigen Urtheil entgegen, und dessen Bedingung übergehend, in sich nichtig ist, und gegen welches, wenn noch Rechtssicherheit bestehen bleiben soll, eine Appellation Statt finden muß. Es konnte im vorliegenden Fall aber durchaus nicht der Eid als verweigert, und diese Bedingung des ersten Urtheils, an welche die ausgesprochene Folge gebunden war, als eingetreten gehalten werden. Der zurückgeschobene Eid war für Beklagten durch Jene, welche man in erster Instanz als seine natürlichen Vertreter gelten ließ, angenommen worden, der Beklagte selbst hatte sich auf Insinuation des ihm den Eid auflegenden Urtheils nie dagegen verweigernd erklärt, sich vielmehr beim Pfarramte zur Eidesvorbereitung gemeldet, und nur dieses hat geglaubt, es liege in seiner Pflicht, seine Bedenklichkeiten gegen die Eidesfähigkeit des Beklagten ex officio dem Amte anzeigen zu müssen, welches aber, da die Gründe dießfalls nicht in die religiöse Sphäre einschlugen, sondern vom physischen und psychischen Zustande des Beklagten hergenommen waren, das Physicat darüber zum Gutachten hätte auffordern sollen. So lange nun der Beklagte nicht selbst erklärt hatte, daß er den Eid nicht leisten wolle, konnte der Richter solchen auch nicht als verweigert annehmen, die Bedingung der Zuerkennung der Folgen nicht als eingetreten betrachten, und demnach ein Purificationserkenntniß nicht ertheilen, das unter solchen Umständen nicht gedenkbar ist, und ein für sich bestehendes abweisliches Urtheil allein ausmachen kann. In so fern aber Beklagter wegen körperlicher und geistiger Beschaffenheit, welche jedoch noch besser zu erheben gewesen wäre, zur Eidesablegung unfähig gewesen seyn würde, so hätte nach §. 608 der Prozeßordnung verfahren werden sollen, indem auf der andern Seite der Eid noch nicht nach §. 607 als vom Beklagten geleistet angenommen werden konnte, weil die Annahme noch nicht vom Beklagten selbst, sondern erst nur durch seinen Vertreter ohne Specialvollmacht geschehen war, und die Verhinderung nicht von der Gegenpartei, sondern dem Pfarramte herrührte. Nachdem Ersterer inzwischen aber verstorben ist, so kommt dadurch die Sache in den Stand zurück, wie solcher zur Zeit der Eideszuschiebung war, und als wenn vor dessen Zurückschiebung Beklagter verstorben wäre, d. i. Kläger kann den Eid wieder annehmen, der ihm zugeschoben worden war, und da dieses in der Appellationsvernehmlassung durch seinen Anwalt mittelst Specialvollmacht geschah, so war auf diesen Eid um so mehr zu erkennen, als der angetretene Zeugenbeweis deßwegen als unerheblich erscheint, weil die vorgeschlagenen Zeugen nur vom bloßen Hörensagen aussagen sollen, und die nicht an die Partei selbst, sondern an Dritte angeblich geschehene Aeußerung des Klägers über die erhaltene Zahlung der 52 fl. nicht einmal als ein außergerichtliches Geständniß anzusehen seyn würde.

Merk.

VI.

Hofgericht am Unterrhein.

Findet in Fällen, wo das Bürgermeisteramt verfassungsmäßig in erster und das Bezirksamt in zweiter Instanz entschieden hat, wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens, ohne Rücksicht auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme, ein höherer Rechtszug Statt?

Billigheimer gegen Guttmann.

Auf Anforderung von 12 fl. 41 kr. erließ das Bürgermeisteramt zu Adelsheim, welchem beide Theile untergeben sind, einen unbedingten Zahlungsbefehl gegen den Beklagten, welcher jedoch im Laufe der angesetzten achttägigen Frist die Forderung in quali et quanto widersprach. Nichts desto weniger wurde er durch Bescheid vom 21. März d. J. zur Zahlung verurtheilt, wogegen er am 26. ejusd. die Berufung an das Bezirksamt Adelsheim anzeigte und solche am 11. April auch rechtfertigte. Dieses Amt zog den Bürgermeister hierüber zum Bericht und bestätigte am 19. April dessen Erkenntniß. Nun zeigte der Beklagte, welchem das letzte Urtheil am 24. April insinuirt worden war, am 28. ejusd. die Appellation an das Hofgericht an und übergab am 30. Juni die Rechtfertigungsschrift, worin mittelbar auch gegen den bürgermeisteramtlichen Spruch vom 21. März Beschwerde geführt ist. Für die Zuläßigkeit der Berufung wurde mit Bezug auf den §. 1175 Nr. 3 der Prozeßordnung angeführt, daß die Beschwerde in verletzten Vorschriften des Verfahrens bestehe und sich auf den ganzen Inhalt der bezeichneten Er-

kenntnisse erstrecke. Dann heißt es: „die gesetzlichen Vorschriften des Verfahrens sind verletzt

a. „dadurch, daß auf die ganz und gar unbescheinigte Klage ein unbedingter Befehl erlassen wurde, der nicht am Orte war, Prozeßordnung §. 702;"

b. „dadurch, daß die Klage nicht alsbald wegen Beweismangel angebrachtermaßen abgewiesen wurde, Prozeßordnung §. 674 Nr. 3 und §. 359;"

c. „dadurch, daß der Richter die Einreden des Beklagten ganz und gar unbeachtet gelassen hat, und

d. „daß er dem Kläger seine Forderung, die jedes Beweises ermangelte, zugesprochen hat."

Diese Vorschriftsverletzungen gereichen auch dem Verfahren des Amtes zum Vorwurf, weil dieses die deßfalls erhobenen Beschwerden verworfen, weil es selbst

e. „die Vorschriften des Appellationsverfahrens nicht eingehalten, dem Kläger die Beschwerdeschrift nicht mitgetheilt, keine Tagfahrt zur Rechtsausführung anberaumt, sondern auf einen Bericht des Bürgermeisters gesprochen hat, Prozeßordnung §. 1216 und 1220."

Der appellantische Anwalt stellte die Bitte: Das Verfahren des Amts und Bürgermeisteramts, als bestimmte Vorschriften des Verfahrens verletzend, für ungültig zu erklären, und die ergangenen Urtheile vom 19. April und 21. März, unter Verfällung des Appellaten in die Kosten, als nichtig aufzuheben.

Der Anwalt wurde hierauf in die öffentliche Sitzung vom 11. Juli d. J. vorgeladen, um mündlich auszuführen: daß hier, wo verfassungsmäßig das Bürgermeisteramt zu Adelsheim als erste und das Bezirksamt daselbst als zweite Instanz entschieden hat, auch ein höherer Rechtszug Statt findet, widrigenfalls in Gemäßheit des §. 1214 der Prozeßordnung nach Lage der Akten erkannt werden soll.

Nach Anhörung des mündlichen Vortrags ward die Berufung, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten, als unstatthaft verworfen.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß nach den §§. 4 und 5 des zweiten Constitutionsedicts vom 14. Juli 1807 (Regbl. Nr. XXVI.) den Ortsvorgesetzten ein Vermittlungsrecht zusteht, vermöge dessen alle Streitsachen zwischen Ortsangehörigen, die in Landgemeinden nicht über 12 fl. und in Städten nicht über 18 fl. im Werthe ansteigen, zuerst an sie gebracht werden müssen, um ihren Vermittlungsspruch zu geben;

In Erwägung, daß von Eröffnung des Schiedsspruch an innerhalb zehn Tagen die Sache an das ordentliche Bezirksgericht zur neuen Erörterung und Entscheidung gebracht werden kann;

In Erwägung, daß die Organisation von 1809, Beilage B. Nr. 7 lit. d. (Regbl. Nr. LI. S. 420) das Entscheidungsrecht der Vorgesetzten in Landgemeinden auf 5 fl. und in Städten auf 15 fl. beschränkt, ohne an der Verfahrungsweise etwas zu ändern;

In Erwägung, daß die neue Gemeindeordnung es hiebei beläßt, indem der §. 41 a. E. nur sagt: der Bürgermeister versieht gerichtliche Functionen, so weit ihm solche durch die Gesetze übertragen sind;

In Erwägung, daß die Streitsumme, worüber der Bürgermeister der Stadt Adelsheim entschieden hat, 12 fl. 41 kr. beträgt, also in dessen Competenz einschlägt, daß aber die Prozeßordnung auf das Verfahren des Bürgermeisters keine Anwendung leidet, und daß demzufolge gegen dessen Entscheidung weder mittelbar noch unmittelbar wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens eine Berufung an das Hofgericht zuläßig ist;

In Erwägung, daß vielmehr in Fällen der vorliegenden Art das Bezirksgericht die letzte Instanz bildet, von welcher nicht weiter appellirt werden kann, weil die Prozeßordnung nur da unter gewissen Voraussetzungen, ohne Rücksicht auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme, einem höheren Rechtszuge Statt giebt, wo das Bezirksgericht in erster Instanz der zuständige Richter war;

Aus diesen Gründen rc. rc.

Bayer.

VII.

Hofgericht am Unterrhein.

Ein Restitutionsgesuch gegen Versäumnisse des Anwalts nach §. 156 der Prozeßordnung.

Stang gegen Wohlfahrt.

Am 14. August 1832 wurde bei dem Amte Adelsheim ein Urtheil verkündet, worauf unterm 1. Octbr. 1832, also nach Verfluß der 42tägigen Appellationseinführungsfrist, ein Gesuch um Erstreckung des Termins auf weitere vier Wochen bei dem Hofgerichte einkam, in welchem als causale angeführt war, daß es dem exhibirenden Anwalte an Instruction gebreche, weil der Kläger dringender Feldgeschäfte wegen bisher nicht hätte zu ihm kommen können. Diesem Fristgesuche lag ein Schreiben der Partei selbst bei, worin sich der eben erwähnte Hinderungsgrund angegeben findet. Es wurde jedoch durch hofgerichtlichen Beschluß vom 5. Octbr. 1832 dem Exhibenten zu erkennen geben, daß eine Verlängerung der Frist zur Einreichung der Berufungsbeschwerdeschrift nach §. 245 der Prozeßordnung nicht Statt finde. Es stand nun bis zum 11. März 1833 an, bis die Appellationsbeschwerdeschrift eingereicht ward. In diesem Schriftsatze bezog sich der Anwalt auf eine von ihm selbst bei dem Amte Adelsheim unterm 24. Aug. 1832 auf Seite 72 zu Protocoll geschriebene Appellationsanzeige, verwunderte sich, daß die Acten

noch nicht eingeschickt worden, und meinte, daß die Rechtzeitigkeit der Berufung keinem Anstand unterliegen könne, weil noch kein Versäumungserkenntniß ergangen sei.

Erst durch die Acteneinforderung aufmerksam gemacht, fand das Amt die Appellationsanzeige auf S. 72, welche ihm bisher ein Geheimniß geblieben war. Das Hofgericht, welches aus den eingesendeten Acten die Formlosigkeit jener Anzeige ersehn hatte, lud den appellantischen Anwalt in die öffentliche Sitzung vom 19. April 1833 vor, um die Rechtzeitigkeit der Appellation, sowohl in Ansehung ihrer Anmeldung als Rechtfertigung, gehörig zu begründen. Nach Anhörung des mündlichen Vortrags, welcher hauptsächlich in der Versicherung des Anwalts bestand, daß er wirklich am 24. August 1832 die Appellationsanzeige in die Acten geschrieben habe, erkannte der Gerichtshof das Rechtsmittel für unzuläßig,

1) weil die Anzeige auf S. 72 nicht in Form eines amtlichen Protocolls (d. h. ohne Präsenz eines Beamten und ohne Beglaubigung eines Actuars) abgefaßt, vielmehr durchgehends von der Hand des Anwalts geschrieben und weder mit einem Präsentatum noch mit einer Amtsnummer versehen, mithin gar nicht geeignet war, die Appellationsanmeldung zu beweisen;

2) weil die Frist zur Einführung der Appellation um 5½ Monate versäumt und

3) aus keiner der im §. 1205 der Prozeßordnung benannten Verhinderungsursachen Wiederherstellung gesucht war.

Durch Bescheid vom 3. Juni d. J. ward die hofgerichtliche Verfügung von dem obersten Gerichtshofe bestätigt.

Darauf reichte am 11. Juli d. J. ein anderer Anwalt bei dem Hofgerichte ein Wiederherstellungsgesuch ein, welches auf den §. 156 der Prozeßordnung gestützt werden wollte, da die von dem früheren Anwalt behauptete Appellationsanzeige unbestreitbar beweise, daß derselbe von dem Kläger zeitig den Auftrag erhalten, diese Sache im zweiten Rechtszuge zu besorgen; es gehe dieß insbesondere auch aus dem Fristgesuche vom 22. Septbr. (und präsentirt den 1. Octbr.) 1832 hervor, dessen abschlägliche Verbescheidung der Partei keinen Nachtheil bringen dürfe, weil der frühere Anwalt den §. 245 der Prozeßordnung hätte kennen sollen. Wenn endlich die oberrichterlichen Verfügungen vom 19. April d. J. und vom 3. Juni d. J., welche weiter nichts als Versäumungserkenntnisse seien, der Partei selbst noch nicht zugestellt worden, so könne die Rechtzeitigkeit dieses Restitutionsgesuches um so weniger bezweifelt werden, als die Beschwerdeschrift selbst schon längst bei den Acten beruhe.

Hiernächst wurde um Beiladung des früheren Anwaltes, sofort um Aufhebung der s. g. Versäumungserkenntnisse und um Zulassung der Appellation gebeten. Gerade weil das Gesuch auf Zulassung der Berufung gieng, hielt das Hofgericht den §. 1214 der Prozeßordnung auf den vorliegenden Fall für anwendbar und lud daher den Anwalt in die öffentliche Sitzung vom 25. Juli d. J. vor, um mündlich auszuführen: daß gegen das am 14. August 1832 publicirte Erkenntniß des Bezirksamts Adelsheim auf den Grund des §. 156 der Prozeßordnung jetzt noch die Wiederherstellung und demzufolge die bereits für unstatthaft erklärte Berufung zuläßig sei 2c. 2c.

Nachdem der Anwalt priora wiederholt hatte, wurde die nachgesuchte Wiederherstellung unter Verfällung des Klägers in die Kosten verworfen.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die gegen den amtlichen Bescheid vom 14. August 1832 eingewandte Berufung für unzuläßig erklärt wurde, weil die Nothfrist zur Anmeldung und Rechtfertigung versäumt, und aus keinem der im §. 1205 der Prozeßordnung erwähnten Gründe die Wiederherstellung nachgesucht war;

In Erwägung, daß Appellant, um dieses doppelte Versäumniß seinem früheren Anwalte beimessen und dagegen auf den Grund des §. 156 der Prozeßordnung Wiederherstellung suchen zu können, vor allem darthun mußte, daß er denselben zeitig genug bevollmächtigt und zur Einführung des Rechtsmittels in den Stand gesetzt habe;

In Erwägung aber, daß die von dem früheren Anwalte mit der Appellationsbeschwerdeschrift vorgelegte Vollmacht erst vom 19. Febr. 1833 datirt und daß in dem unstatthaften und verspäteten Fristgesuche de pto. 1. Octbr. 1832 mit Bezug auf ein beigeschlossenes Schreiben der Partei vom 18. Septbr. 1832 ausdrücklich angeführt ist: es gebreche dem Anwalt an Instruction, weil der Kläger dringender Feldgeschäfte wegen, wie er durch die Beilage erweise, bisher nicht habe zu ihm kommen können;

In Erwägung, daß aus der Appellationsanzeige und Fristbitte des früheren Anwalts, eben weil jene unglaubhaft und ihr Datum selbst ungewiß, diese aber verspätet ist, nicht gefolgert werden kann, daß er zu gehöriger Zeit dazu beauftragt gewesen sei;

In Erwägung, daß also hiernach die Versäumung beider Nothfristen der Partei selbst beigemessen werden muß, weil sie ihren Anwalt in Zeiten weder mit der Appellationsanmeldung beauftragt, noch ihn innerhalb 42 Tagen von der Urtheilsverkündung an zum Behuf der Rechtfertigung informirt und mit Vollmacht versehen hat;

In Erwägung, daß es folglich nicht darauf ankommt, ob und wann die oberrichterlichen Beschlüsse vom 19. April d. J. und vom 3. Juni d. J. der Partei selbst zugestellt worden, besonders da sie weder als eigentliche Versäumungserkenntnisse noch als Verfallenerklärungen zu betrachten sind;

Aus diesen Gründen 2c. 2c.

Bayer.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 20. September 1834.

I.

Ueber die Verantwortlichkeit der Waisenrichter gegen Dritte wegen unterlassener Bewirkung der Eintragung der Forderungen von Minderjährigen an den Vormund.

Seit einiger Zeit sind an dem hiesigen Gerichtshof mehrere Regreßklagen gegen Waisenrichter vorgekommen, wo die durch den Vorrang uneingetragener Forderungen von Pflegkingen an den Vormund in Verlust gerathenen dritten Pfandgläubiger Schadensersatz an die Waisenrichter verlangen, weil solche die Eintragung dieser Forderungen an den Vormund in das Unterpfandsbuch unterlassen hätten. Die erste von diesen zur Entscheidung gekommenen Regreßklagen wurde verworfen, bei der nicht unbedeutenden Wichtigkeit der Frage wird aber eine weitere Ausführung der gerichtlichen Entscheidung nicht unzweckmäßig seyn.

Die Behauptung der Verantwortlichkeit der Waisenrichter wird auf die Sätze gegründet, daß das Waisengericht nach den Verordnungen vom 10. März 1810, Regbl. 1810 Nr. 12 und 18. April 1810 Nr. 18 die Pflicht habe, dafür zu sorgen, daß die in ihren Bezirken bestehenden Vormundschaften gehörig in das Unterpfandsbuch eingetragen würden, unterlasse es dieses, so sei es nach Satz 1383 für den Schaden verantwortlich.

Allein, wenn zwar in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern vom Jahr 1823 S. 103, aus welchen denn hauptsächlich die Verantwortlichkeit der Waisenrichter geschöpft wird, gesagt ist, der Waisenrichter nehme die erste Stelle der Bevormundung ein, und daraus nun der Schluß gezogen wird, daß einestheils derselbe die Pflichten des Vormunds nach S. 2136, oder des Gegenvormunds nach S. 2137, erfüllen müsse, so ist dieß ein Irrthum, denn der Waisenrichter ist nicht Vormund und nicht Gegenvormund, sondern nichts anders als die Stelle, welche in besondern, ausdrücklich durch ihre Instruction benannten Fällen die Aufsicht führt, ob Vormünder ihre Schuldigkeit gethan haben, oder welche bei besondern, einen Minderjährigen treffenden Gelegenheiten ihr Gutachten abgeben müssen. Als Vormünder können die Waisenrichter ganz offenbar nicht betrachtet werden, als Gegenvormünder, oder sie stellvertretend, lassen sie sich aber auch nicht ansehen, weil sie im §. 17 des zweiten Einführungsedicts nicht als solche allgemein bezeichnet, und hinsichtlich des S. 2137 eben so wenig dazu von unserer Particulargesetzgebung besonders aufgestellt worden sind. Anstatt der Kronanwälte im S. 2138 können sie abermals nicht als stellvertretend behandelt werden, weil nach §. 27 des zweiten Einführungsedicts dafür die Aemter aufgestellt worden sind, also nach unserer Particulargesetzgebung gerade Andere für die Bestimmungen des S. 2138 zu sorgen haben. Nichts, gar nichts in unserer Gesetzgebung berechtigt zu der Behauptung, daß das Waisengericht die erste Stelle der Bevormundung einnehme, oder daß es stellvertretend in irgend einer Beziehung für den Vormund, den Gegenvormund, oder den Kronanwalt eingesetzt seie, man muß entweder behaupten, daß das Waisengericht überhaupt für die Verwaltungsfehler des Vormunds hafte, daß es überhaupt die dem Gegenvormund und dem Kronanwalt im Landrecht auferlegten Pflichten gegen Minderjährige zu übernehmen und zu erfüllen habe, oder man muß zugeben, daß das Waisengericht die S. 2136, 2137, 2138 als seinen Pflichten fremd zu betrachten und ihre Bestimmungen nicht zu erfüllen habe, denn, wie gesagt, nirgends hat unsere Gesetzgebung das Waisengericht als allgemein, oder für die besondern dort vorkommenden Fälle als stellvertretend für die darin genannten Personen aufgestellt, und da, wo es sich um die rechtliche Begründung einer persönlichen regressorischen Haftverbindlichkeit handelt, darf man nicht mit unbestimmten höchst zweideutigen Aehnlichkeiten und Analogien vorfahren, und solche Verbindlichkeit noch dazu da begründen wollen, wo die Gesetzgebung für die Pflichten und Verbindlichkeiten der Waisenrichter ein besonderes Gesetz erlassen hat, und also in der Lage war, darin die Vorschriften der Sätze 2136, 2137, 2138 aufzunehmen, wenn sie jemals dieses zu wollen und zu thun beabsichtigte.

Wenn nunmehr auf das Unwidersprechlichste dargethan ist, daß die S. 2136, 2137, 2138 auf die Waisenrichter keine

Anwendung finden, daß also aus ihnen, und überhaupt aus dem Landrecht mit seinen Einführungsedicten nirgends die fragliche Verantwortlichkeit gegen Dritte abgeleitet werden kann, so läßt sich diese Verantwortlichkeit nur noch aus unserer besondern Gesetzgebung über die Errichtung und Bestellung der Waisengerichte ableiten, und diese stellt uns zur Beantwortung de. Frage zwei Verordnungen, die vom 10. März 1810 und die vom 18. April 1810, Regbl. Nr. 12 und 18 dar, aus welchen sich also die Verantwortlichkeit der Waisenrichter gegen Dritte ergeben muß, wenn man anders solche gesetzlich begründen will.

Die erste Verordnung geht nun allein vom Justizministerium aus, und hat lediglich den Zweck, die Ortsvorgesetzten und Waisenrichter darauf aufmerksam zu machen, daß sie die Eintragung der Vormundschaften bei den Pfandgerichten bewirken, sie ist nicht dispositiv, sondern nur belehrend, sie setzt die anderwärts bestellte Verbindlichkeit zur Erwirkung der Eintragung voraus, und kann also, wenn man nicht die einfachsten, wenn man nicht alle Grundsätze der Auslegung und Anwendung der Gesetze verletzen will, nicht dazu benutzt werden, um für sich selbst, und aus sich allein die Verantwortlichkeit der Waisenrichter zu begründen. Und will man auch diese Verordnung zur Begründung der Verantwortlichkeit selbst annehmen, so ist ja darinnen von solcher Verantwortlichkeit keine Rede, ja es folgt vielmehr gerade aus ihr, daß diese Verantwortlichkeit der Waisenrichter gegen Dritte gar nicht besteht. Diese Dritte sind hier nämlich jene Pfandgläubiger des Vormunds, welche durch den Vorrang des uneingetragenen gesetzlichen Unterpfandsrechts der Minderjährigen in Verlust gefallen sind, da nun aber die Verordnung als Grund ihrer Vorschrift der Erwirkung der Unterpfandseintragung den anführt, damit nicht das Pfandgericht in Gefahr komme, schädliche Unterpfandsbestätigungen zu geben, und nochmals dafür zu haften, so stellt sie gerade den Grundsatz auf, daß für dergleichen schädliche Unterpfandsbestellungen das Pfandgericht, und nicht das Waisengericht zu haften hat. Die Verordnung hat also selbst den Fall der Verantwortlichkeit vor Augen gehabt, sie hat dieselbe auf das Pfandgericht geladen, und es gehört sonach wahrlich viel dazu, nunmehr diese Haftbarkeit geradezu auf das Waisengericht zu wälzen. Das höchste, was man zugeben könnte, wäre noch die Behauptung, daß die Waisenrichter für die nicht erwirkte Eintragung alsdann dem Pfandgerichte, welches dem Gläubiger haften mußte, verantwortlich wären, allein dann kann der Gläubiger nicht kraft eigenen Rechts gegen das Waisengericht klagen, und da man eine Verantwortlichkeit des Pfandgerichts für nicht zur Eintragung verlangte gesetzliche Unterpfänder gerade nach den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern vom Jahr 1823 nicht annimmt, so ist demnach aus der Verordnung vom 10. März 1810 irgend eine Verantwortlichkeit des Waisengerichts nicht begründet.

Die Verordnung vom 18. April 1810, Regbl. Nr. XVIII., welche doch die Dienstinstruction der Waisenrichter, und demnach alle ihre Dienstpflichten mit ihren Folgen enthält, fordert die Waisenrichter im §. 7 nur auf, bei dem Amt oder Amtsrevisorat die Anzeige zu machen, daß die Vormundschaft noch nicht in das Unterpfandsbuch eingetragen seie, damit solches von diesen bewirkt werde. Von einer Verantwortlichkeit für Unterlassung dieser Anzeige ist aber hier gar keine Sprache, insbesondere ist auch nicht entfernt von einer Haftbarkeit gegen dritte Pfandgläubiger des Vormunds eine Andeutung zu finden, und in so fern man zur Errichtung einer persönlichen regressorischen Haftungsverbindlichkeit die Vorschrift eines Gesetzes verlangt, so wird man ganz unzweifelhaft zugeben müssen, daß weder das Landrecht, noch unsere Einführungsedicte, noch unsere Particulargesetzgebung in ihren besondern Verordnungen über die Verantwortlichkeit der Waisenrichter gegen Pfandgläubiger des Vormunds irgend eine Vorschrift ertheilt.

Zur Herstellung dieser Verantwortlichkeit wird man nun freilich sagen: nach den bestehenden Verordnungen ist der Waisenrichter jedenfalls verpflichtet, durch Anzeige bei dem Amt oder Amtsrevisorat die Eintragung der Vormundschaft in das Unterpfandsbuch zu erwirken, hat er dieses aus Nachlässigkeit oder Unverstand unterlassen, so ist er nach L. R. S. 1383 für den dadurch veranlaßten Schaden verantwortlich; es ist aber der Schaden des Pfandgläubigers aus dieser Unterlassung entstanden, und der Waisenrichter also diesem schadensersatzpflichtig.

Allein der S. 1382, 1383 setzt offenbar nur den Fall voraus, wo Jemand eine allgemein unrechte, oder unerlaubte Handlung entweder absichtlich, oder aus Unverständigkeit vorgenommen, und durch die Handlung selbst einen Dritten, mit dem er in keiner Vertragsverbindlichkeit steht, beschädigt hat. Alle Beispiele des S. 1383, die effusio et ejectio aus einem Haus, die durch Nachlässigkeit veranlaßte Feuersbrunst, die Unverständigkeit eines Richters bei einem Urtheil, eines Arztes bei Heilung eines Kranken u. dgl. gehen alle von dem Fall eines nicht bestehenden Vertragsverhältnisses aus, und verbinden den Handelnden gegen den Beschädigten, wegen absichtlichen Unrechts, oder wegen aus Nachlässigkeit oder Unverstand entsprungenen Unrechts zum Schadensersatz. Brauer, zu S. 1383. Zachariä, §. 444 Nr. 3. Wenn aber Zwei miteinander in Vertragsverhältnissen stehen, oder wenn Einer gegen einen Andern besondere Pflichten übernommen hat, so verbindet die Verletzung des Vertragsverhältnisses, oder der besondern Pflicht den Handelnden allerdings zum Schadensersatz, aber nicht sowohl nach S. 1383, als vielmehr nach S. 1136, 1142, diesen Schadensersatz aber hat

er nur gegen den andern Vertragstheil, oder gegen den zur besondern Pflichterfüllung Berechtigten zu leisten, einem Dritten dagegen, der durch Fortwirkung der besondern unerfüllten Pflicht, oder des unerfüllten Vertrags, und wegen eines mit einem ganz Andern bestehenden Rechtsverhältnisses in diesem Schaden genommen hat, ist er nicht schadensersatzverbindlich, wenn seine Handlung nicht eine allgemein unrechte, unerlaubte war. Betrachtet man nun die Lage des Waisenrichters, so ist die nicht geschehene Anzeige der unterlassenen Eintragung der Vormundschaft in das Unterpfandsbuch allerdings eine Verletzung seiner besondern Dienstpflicht gegen den Minderjährigen, also ist er diesem für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich, allein gegen einen Dritten, gegen einen Pfandgläubiger des Vormunds hat er lediglich keine Verbindlichkeit, mithin steht er in gar keinem Rechtsverhältniß, hat ihm also keine Pflicht verletzt, und die nicht geschehene Anzeige der unterlassenen Eintragung der Vormundschaft in das Unterpfandsbuch kann man doch wahrlich keine allgemein unrechte dolose oder culpose Handlung nennen. Ohnedieß ist hier nur eine Unterlassung des Waisenrichters in Rede, und da lehrt Zachariä §. 444 mit Recht, daß man nur den Schaden zu ersetzen hat, den man nach einer bestimmten Vorschrift des Gesetzes von einem Andern abzuwenden hatte. Wo hat aber ein Waisenrichter die Verbindlichkeit, von dem Pfandgläubiger eines Vormunds einen Schaden abzuwenden. Er weiß ja gar nichts davon, ob, wann, und von wem der Vormund Geld auf seine Eigenschaften aufnimmt, und es ist in so fern ihm gar nicht möglich, von dem ihm unbekannten dritten Pfandgläubiger einen Schaden abzuwenden, von dessen nächster Veranlassung, von der Darleihe an den Vormund, er keine Wissenschaft erhält. Entweder muß man den S. 1383 auf alle Verletzungen von Verträgen und besondern Pflichten beziehen, und allen dritten, dadurch auch nur entfernt in der Fortwirkung der Verletzung beschädigten Personen ein unmittelbares Klagrecht gegen den einen Vertrag oder eine Dienstpflicht Verletzenden auf Entschädigung ertheilen, oder aber man muß dieses Klagrecht nur auf den im Vertrag, oder in einer besondern Dienstleistung verletzten, und es hinsichtlich eines nicht bestehenden Vertrags auf eine allgemeine unbefugte, dolose oder culpose Handlung beschränken, und alsdann kann von einer Verantwortlichkeit eines Waisenrichters gegen Dritte keine Rede seyn.

Sodann muß aber der Schaden, den man verfolgt, durch die unverständige oder nachläßige Handlung verursacht worden seyn. Allein hier ist dieses nicht der Fall, nicht in der unterlassenen Eintragung der Vormundschaft auf die Liegenschaften des Vormunds liegt für den dritten Pfandgläubiger der Grund seines Schadens, sondern in dem Vorrang des gesetzlichen Pfandrechts des Minderjährigen, und daß er dem Vormund kein Geld dargeliehen, wenn er seine Eigenschaft gekannt hätte, wird er nie beweisen können. Dieser Beweis läge ihm aber ob, weil er andernfalls in Kenntniß der Eigenschaft seines Schuldners als Vormund auch das auf seinen Gütern ohne Eintragung haftende gesetzliche Pfandrecht des Minderjährigen kennen mußte, also in Wissenschaft desselben sein Geld doch darlieh. Der directe Gegenbeweis der Kenntniß dieser Eigenschaft wird dem beklagten Waisenrichter überall zustehen, und jedenfalls wird er dem dritten Pfandgläubiger eine propria culpa darin entgegnen dürfen, daß dieser sich nicht selbst bei dem betreffenden Amtsrevisorat, wo seine Pfandurkunde ausgefertigt wird, oder bei dem Pfandgerichte, welches zugleich das Ortsgericht ist, und Kenntniß von den Vormundschaften hat, um die Eigenschaften seines Schuldners erkundigte, und damit eine auf ihn selbst zurückfallende Fahrlässigkeit bewies. Will man aber darauf nicht eingehen, so ist noch weiter zu bedenken, und es ist dieses nicht der unwichtigste Punkt der Befreiung des Waisenrichters von jeder Verantwortlichkeit gegen dritte Pfandgläubiger, daß der mit einer Schadensersatzklage Verfolgte in der den Schaden veranlassenden Handlung allein stehen muß in der Hinsicht, daß der Schaden die Folge seiner persönlichen Versäumniß ist, allein der Waisenrichter hat nach seiner Dienstweisung nicht die Pflicht, die Eintragung selbst zu besorgen, sondern nur das liegt ihm auf, die Anzeige bei dem Amtsrevisorat oder dem Amt zu machen, daß die Eintragung von diesem erwirkt werde. Alsdann ist es aber immerhin noch möglich, daß das Amtsrevisorat oder das Amt auch auf Statt gefundene Anzeige doch keine Schritte zur Erwirkung der Eintragung gemacht haben würde, ja selbst, daß das Pfandgericht die Eintragungsanweisung nicht befolgt hätte, und wo also, wie hier, noch zwei ganz verschiedene Handlungen zweier ganz verschiedener Personen in der Mitte stehen, und geschehen müssen, um einen Schaden abzuwenden, da kann man wohl gewiß nicht sagen, daß die Versäumniß des Waisenrichters die Ursache des Schadens des dritten Pfandgläubigers gewesen seie. Aus den Rechten des Minderjährigen kann aber der dritte Pfandgläubiger nicht gegen den Waisenrichter klagend auftreten, denn wenn der Minderjährige hier einen Schaden an seinem Vormund gegen den Waisenrichter verfolgt, so ist dieser Schaden aus seinem Verlust an dem in der Verwaltung des Vormunds stehenden Vermögen entstanden, der Schaden aber, welchen der Pfandgläubiger gegen den Waisenrichter verfolgt, ist aus dem Verlust an dem dem Vormund dargeliehenen Capital entstanden, ist also objectiv und subjectiv ein ganz anderes Rechtsverhältniß, steht mit den Rechten des Minderjährigen in gar keiner Beziehung, und kann also aus seinen Rechten auch nicht gegen den Vormund geltend gemacht werden.

Unter diesen Voraussetzungen wird man wohl annehmen können, daß die Verantwortlichkeit der Waisenrichter nur gegenüber der Minderjährigen, nicht aber dritter Gläubiger des Vormunds besteht. Nur den Erstern sind sie für den aus der nicht eingetragenen Vormundschaft entstandenen Schaden verantwortlich. Dieser Schaden kann aber insbesondere dann eintreten, wenn der Erwerber der Güter eines Vormunds nach S. 2193 ff. das erworbene Grundstück von der darauf ruhenden gesetzlichen Unterpfandslast des Minderjährigen befreit hat, ohne daß der Waisenrichter nach S. 2194 die Eintragung nachgeholt hat, und nunmehr der Vormund nicht mehr hinlängliche Zahlungsmittel zur Befriedigung des Minderjährigen besitzt. Auch sonst noch sind genug Fälle von Schäden des Minderjährigen gedenkbar.

Sander.

II.

Ersitzung eines Wässerungsrechts.

Th. Martin gegen Andre Laubis.

Andre Laubis besitzt eine Wiese unterhalb einer solchen des Th. Martin.

Oben an der Wiese des Letztern hin läuft ein kleiner Bach, aus welchem ehemals in Gräben durch Martins Wiese das Wasser auf jene des A. Laubis gekommen seyn soll.

Nun hat Martin die Gräben, durch welche Laubis das Wasser erhalten haben will, zugeworfen und das Wasser lediglich zum Vortheil seiner eigenen Wiese verwendet, weßhalb Laubis mit einer act. confess. gegen ihn auftrat und dafür, daß durch mehr als 30 Jahr offene Gräben auf dem Gute des Martin bestanden haben und dadurch das Wasser auf jene, des Laubis, Wiese abgeflossen sei, den Beweis durch Zeugen führen wollte.

Man hielt jedoch diese Thatsache für unerheblich und verwarf die Klage, weil zur Verjährung eines Wässerungs- oder Wasserleitungsrechts für ein unteres Grundstück gegen ein oben daran gelegenes nach S. 642 erforderlich wäre, daß

1) der Eigenthümer des untern Grundstücks (A. Laubis) offene Anlagen zur Beförderung des Einlaufs vom Wasser und zwar

2) auf dem obern Grundstück gemacht und seit 30 Jahren geendigt hätte.

Zu 1. Daran, daß der Eigenthümer des obern Grundstücks (Martin) selbst Gräben oder andere Anlagen machte, kann es nicht genügen, da der S. 642 ausdrücklich solche Anlagen von Seiten des untern Grundbesitzers fordert, und darüber, daß A. Laubis selbst die in Frage stehenden Gräben geöffnet habe, wurde kein Beweis angetreten.

Hätte er aber auch etwa auf seinem eigenen untern Grundstück Gräben hergestellt, um jenes Wasser aufzunehmen und zu benutzen, so könnte dieß dennoch nicht genügen, denn daß

zu 2. der S. 642 nur Anlagen auf dem obern Grundstück im Auge hat, geht schon daraus hervor, daß sie den Fall und Einlauf des Wassers auf das untere Gut befördern sollen, daher außerhalb diesem untern Gut und oben an demselben sich befinden müssen. Sie könnten sonst nur etwa den Einlauf des Wassers und dessen Fall im untern Gut, nicht aber auch den Fall auf dasselbe, d. h. zu demselben befördern.

Ohnehin kann das, was der untere Güterbesitzer auf seinem eigenen Grundstück vornimmt, auch bei noch so langer Duldung keinerlei stillschweigende Anerkennung von Seiten des obern Gutsbesitzers begründen, da dieser dasselbe, als ihn nicht berührend, ja nie verhindern kann. M. s. Pailliet, manuel de droit français, 7.me edit. c. civ. art. 642 note a. 4.

y.

III.

Ueber Protocollirung von Geständnissen, und thatsächlichen Erklärungen.

Es kommt häufig vor, daß eine Partei mündliche Eingeständnisse oder thatsächliche Erklärungen im mündlichen Vortrag ablegt, deren Protocollirung alsdann die Gegenpartei nicht verlangt. Nach §. 1118 der Prozeßordnung kann aber der Richter derlei Erklärungen nicht von Amtswegen im Gerichtsprotocoll aufnehmen, und sie sind daher höchstens als außergerichtliche Geständnisse zu betrachten, welche nach L. R. S. 1355 in den wenigsten Fällen einen Werth haben.

Eben so werden häufig in den Gerichtssitzungen noch schriftliche Eingaben gemacht, welche unzuläßig sind, und wo doch die Gegenpartei diese Unzuläßigkeit nicht behauptet, meistens sie gar nicht beachtet. Von Amtswegen sie zu verwerfen, ist vielmals unthunlich, durch Fragestellung die Antwort der Unzuläßigkeit herauszupressen, ist mindestens unangenehm, und so wird es nicht überflüssig seyn, wenn man die Advocaten auf den §. 1118 der Prozeßordnung und auf die goldene Advocatenregel aufmerksam macht, daß mit einem bestimmten Widerspruch gegnerischer Eingaben und Erklärungen am wenigsten den Rechten der eigenen Partei etwas vergeben wird.

Sander.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 39. | Karlsruhe den 27. September 1834.

I.

Die Rechtskraft der Straferkenntnisse und die bei der Urtheilsfällung über einen angeblichen dritten Diebstahl nöthige Prüfung der frühern Erkenntnisse betreffend.

Eine ledige Weibsperson hatte auf dem Markte in N. ein Paar Schuhe im Werthe von 1 fl. 30 kr. entwendet. Nach geschlossener Untersuchung wurden die Acten dem betreffenden Hofgerichte zur Urtheilsfällung vorgelegt, weil die Inculpatin schon zweimal wegen kleinen Diebstahls bestraft worden war, der gegenwärtige Fall daher, als dritter Diebstahl, zur oberrichterlichen Entscheidung geeignet gewesen wäre.

Aus den Acten über den zweiten Straffall ergab sich nun, daß die Inculpatin damals auf die Beschuldigung hin verhaftet worden war, daß sie in B. ein falsches Geldstück ausgegeben habe, welche Anzeige jedoch sich als unbegründet zeigte. Bei ihrer Verhaftung hatte sie ein Stück Band im Werthe von 24 kr. zu verstecken gesucht, das man nachher bei ihr entdeckte und von dem sie behauptete, sie habe es gefunden. Es wurde dann darauf inquirirt, daß das Band von ihr entwendet worden sei, welcher Beschuldigung sie jedoch widersprach. Während der Untersuchung war noch ein Stück Pappendeckel, wie solche von den Kaufleuten zum Aufwickeln von Bändern gebraucht werden, im Gefängnisse der Inculpatin erhoben worden, sie läugnete aber, diesen Pappendeckel mitgebracht zu haben; und dieser Umstand wurde auch nicht gegen sie erwiesen. Außerdem lag nur noch die Deposition eines Gensd'armen, des Inhalts vor: „Er habe den Pappendeckel und das Band einem Juden vorgezeigt und Letzterer darauf geäußert, nach dem Fabrikzeichen könne das Band seinem Bruder gehört haben."

Ohne daß die beiden Juden vom Untersuchungsrichter vernommen worden wären, fällte dieser sofort das Erkenntniß, daß die Inculpatin eines zweiten kleinen Diebstahls schuldig zu erklären und mit zehn Tagen Gefängniß zu bestrafen sei.

Dieses Urtheil entsprach zuverläßig den Erfordernissen der Gerechtigkeit nicht, da nicht die mindeste Gewißheit darüber vorhanden war, daß überhaupt ein Diebstahl verübt gewesen sei (der objective Thatbestand eines solchen Vergehens war nicht hergestellt); hätte sich dieses aber auch durch die Aussagen der abzuhörenden Juden allenfalls nachweisen lassen, so würde immerhin in dem Umstande allein, daß die Inculpatin im Besitze des fraglichen Bandes sich befand, noch nicht der Beweis gelegen haben, daß das Band von ihr entwendet worden sei, es blieb die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein Dritter es entwendet, dann verloren oder hinweggeworfen und die Inculpatin, wie sie behauptet, es gefunden hätte.

So wie die Acten lagen, und selbst im Falle der erwähnten Ergänzung der Untersuchung, würde also kein verurtheilendes Erkenntniß haben gefällt werden können. Obgleich nun die Inculpatin bei der Publication und der Erklärung der Recursfatalien von dem Rechte zur Nachweisung ihrer Straflosigkeit im Wege des Recurses keinen Gebrauch machte, und die Strafe erstand, so versicherte sie doch in der neusten Untersuchung, daß sie damals schuldlos verurtheilt worden sei.

Bei Berathung über den neusten Straffall wurde die Ungerechtigkeit des fraglichen Urtheils nachgewiesen und erörtert, daß ein solches Erkenntniß zum Nachtheile des Verurtheilten, auch wenn er nicht recurrirt hatte, niemals diejenige Rechtskraft erlangen könne, welche ein Urtheil in einer Civilsache zur Folge hat, daß der Oberrichter, wenn er immer von einer durch den Unterrichter in Strafsachen verübten Ungebühr Kenntniß erlange, solche ex officio zu beseitigen suchen müsse, und daß also auch hier das Erkenntniß über den angeblichen zweiten Diebstahl entweder ganz aufgehoben werden, oder, wenn man sich dazu nicht für befugt halten sollte, wenigstens unberücksichtigt bleiben müsse, daher der jetzt zur Aburtheilung vorliegende Diebstahl nur als zweiter kleiner Diebstahl geahndet werden dürfe.

Die Majorität der Richter war jedoch der Meinung, daß ein Erkenntniß dieser Art nur dann, wenn ein Recurs ergriffen würde, abgeändert werden könne; daß die Inculpatin dadurch, daß sie auf Erklärung der Recursfatalien kein Rechtsmittel ergriffen und den Folgen des Urtheils sich

unterworfen, ihre Schuld stillschweigend anerkannt habe und es überhaupt zu weit führen würde, vollzogene Urtheile nochmals einer Prüfung zu unterwerfen.

Es wurde deßhalb die Inculpatin des dritten Diebstahls schuldig erklärt, die gesetzliche Strafe eines solchen Verbrechens, zweijähriges Zuchthaus, erkannt, jedoch, mit Berücksichtigung des erwähnten unrichtigen amtlichen Erkenntnisses, gleichzeitig der Antrag an das Großh. Justizministerium auf Strafmilderung im Gnadenwege gestellt.

Zur Vertheidigung einer von der dieser Entscheidung zum Grunde liegenden Ansicht abweichenden Meinung dürfte sich noch etwa Folgendes anführen lassen.

In jedem dem competenten Richter zur Entscheidung vorgelegten Criminalfalle hat jener namentlich zu erörtern, ob der Thatbestand eines Verbrechens überhaupt, und welches Verbrechens insbesondere, erwiesen, und — wenn letzteres verschiedene Grade der Strafbarkeit darbietet — welcher Grad des Verbrechens vorhanden sei.

Wenn daher eine Anschuldigung wegen dritten Diebstahls (eines nach den Gesetzen qualificirten Verbrechens) eintritt, so muß nicht nur geprüft werden, ob ein Verbrechen überhaupt und ein Diebstahl insbesondere vorhanden ist, sondern ob die That auch alle die Merkmale enthält, welche in specie zum Beweis der Qualification nothwendig sind.

Zu den Erfordernissen eines dritten Diebstahls gehört nun, nach der ausdrücklichen Bestimmung des Artikels 162 der P. G. O.: „daß Jemand wirklich zum drittenmale gestohlen hat;" welche Bestimmung durch die spätern Gesetze (§. 76 ff. des Strafedicts und §. 75 der Nachträge) dahin erläutert und modificirt worden ist:

> daß der dritte Fall vorhanden seyn müsse, in welchem ein und dasselbe Individuum erwiesenermaßen solche Vergehen verübt hat, welche die gesetzlichen Merkmale eines Diebstahls enthalten und
>
> daß alle drei Diebstähle nicht bloß als fortgesetzte, sondern (der zweite und dritte Fall) als wiederholte Thaten speciell gegen den Inculpaten zur Untersuchung gekommen sind.

Es genügt daher nicht daran, daß Straferkenntnisse wegen ersten und zweiten Diebstahls gegen den Inculpaten existiren, um bei einem dritten Straffall dessen That als dritten Diebstahl zu qualificiren, sondern es müssen die drei Thaten auch eigentliche Diebstähle im gesetzlichen Sinn und wiederholte Diebstähle seyn. — Ob sie aber dieses sind, ob also der Thatbestand eines dritten Diebstahls erwiesen sei, das hat in concreto der Richter, welcher über den angeblichen dritten Diebstahl urtheilen soll, zu ermessen, weil er schon im Allgemeinen verbunden ist, ehe er über ein Vergehen erkennt, den Beweis des Thatbestandes desselben in allen seinen Details zu würdigen, und er da, wo sich ein wesentlicher Mangel dieses Beweises ergiebt, solchen nicht übergehen darf.

Es können sehr viele Fälle sich ereignen, in denen Thaten von den urtheilenden Untersuchungsrichtern als erste und zweite Diebstähle geahndet wurden, ohne daß die gesetzlichen Merkmale vorhanden waren, welche jene Vergehen als Diebstähle überhaupt, und insbesondere das zweite zur Bestrafung gekommene und als zweiter Diebstahl geahndete Vergehen, gerade auch als zweiten Diebstahl characterisiren würden. Beispiele werden diese Behauptung erläutern.

1) Es geschieht häufig, daß ein Unterrichter einen Garten- oder Felddiebstahl (welche nach §. 73 des Strafedicts und §. 76 der Erläuterungen nicht als Diebstähle, sondern als polizeilich zu rügende Frevel betrachtet werden sollen) als gemeinen Diebstahl ansieht und als solchen bestraft.

Noch häufiger tritt

2) der Fall ein, daß eine Unterschlagung (§. 81, 82 des Strafedicts) vom Unterrichter als gemeiner Diebstahl angesehen und als solcher bestraft wird; — und daß dann, bei einem späteren, vom nämlichen Inculpaten verübten, wirklichen Diebstahl, in Bezug auf jenen Frevel oder jene Unterschlagung, die nachmalige That für einen zweiten Diebstahl erklärt und geahndet, oder daß der Frevel und die Unterschlagung, mit Rücksicht auf einen schon bestraften ersten Diebstahl, nun als zweiter Diebstahl geahndet wird.

Eben so ist

3) der Fall vorgekommen, daß ein Diebstahl, wegen dessen der Dieb früher noch niemals verhört, der aber schon eher verübt worden war, als ein bereits als erstes Vergehen bestrafter Diebstahl später erst zur Untersuchung kömmt, und obgleich nun die bereits bestrafte That in Bezug auf den erst später zur Untersuchung kommenden, der Zeit der Verübung nach aber ältern Diebstahl und mit diesem nur als ein fortgesetzter erster Diebstahl anzusehen wäre, — dennoch bei der nun geführten Untersuchung der früher verübte, aber noch nicht bestrafte Diebstahl, vom Untersuchungsrichter für einen zweiten erklärt und als solcher bestraft wurde.

Soll nun der Richter, welcher bei einem später hinzugekommenen dritten Straffall zu erkennen hat, aus Achtung für die früher gefällten und vollzogenen Urtheile, gegen welche keine Rechtsmittel ergriffen worden waren, ohne Prüfung der Rechtsbeständigkeit derselben, den dritten Straffall geradezu für einen dritten Diebstahl erklären und als solchen ahnden? — Gewiß nicht! — Es fehlte hier überall am Thatbestande des dritten Diebstahls, da in den Fällen unter Nr. 1 und 2 eines der als Diebstähle bestraften Vergehen von dem damals urtheilenden Richter

irriger Weise als Diebstahl angesehen und in dem dritten Falle ein fortgesetzter Diebstahl, ebenfalls mit Unrecht, für einen wiederholten erklärt worden war, somit noch kein dritter Diebstahl im gesetzlichen Sinne, vielmehr erst ein zweiter Diebstahl vorliegt.

Muß man in einem solchen Falle, — zu Folge der Bedingung der Gerechtigkeit, daß kein Verbrecher eine größere Strafe leide, als diejenige ist, womit die Gesetze sein Vergehen bedroht haben, — dem spätern Richter ein Recht zur Prüfung der frühern Erkenntnisse und die Befugniß einräumen, bei seiner Entscheidung über die ihm vorliegende Untersuchung eines oder das andere der auf keinem gesetzlichen Fundamente beruhenden Urtheile unberücksichtigt zu lassen, so muß es um so mehr noch dann geschehen, wenn der Unterrichter eines weit größeren Versehens sich schuldig gemacht, wenn er ein Straferkenntniß gefällt hat, ohne daß der objective Thatbestand eines Vergehens erwiesen war, wenn also von ihm der oberste strafrechtliche Grundsatz: „nulla poena sine crimine“ verletzt worden ist.

Die — ein solches Straferkenntniß begleitende — Nichtigkeit dürfte durch die aus der unterlassenen Recursausführung gezogenen Folgerung eines angeblichen „nachträglichen, stillschweigenden Geständnisses der That“ unmöglich als geheilt erscheinen. — Denn einmal kann Niemand einer Strafe unterworfen werden, der nicht schon vor der Urtheilsfällung in gesetzlicher Form überwiesen war; sodann muß aber auch ein Geständniß, welches als Beweismittel eines Vergehens ein Straferkenntniß rechtfertigen würde, deutlich und bestimmt in Worten, und in der Absicht ein Bekenntniß abzulegen, ausgesprochen, es muß auch daran erkennbar seyn, daß es nicht fingirt wurde.
Man vergl. Tittmann, Handbuch des Strafrechts §. 831, 832.

Ein auf die erwähnte Art nach der Urtheilspublication erst angeblich durch Stillschweigen abgelegtes Bekenntniß der Schuld würde eben so wenig eine Verbindlichkeit zur Folge haben, als es zulässig wäre, daß ein Angeschuldigter eine That, welche er nicht verübt hat, freiwillig auf sich nähme. — Wollte man eines oder das andere zugeben, so würde man geradezu die Grundsätze des Civilrechts über die Rechtskraft in das Strafverfahren ziehen, wozu nirgends ein Gesetz berechtigt.

Daß übrigens die Inculpatin im vorliegenden Falle, als sie sich der Strafe des so bezeichneten zweiten Diebstahls unterwarf, nicht einmal die Absicht gehabt haben möchte, nachträglich ihre Schuld anzuerkennen, läßt sich schon daraus entnehmen, daß sie in der neusten Untersuchung wiederholt behauptete, sie sei früher unschuldig gestraft worden. Ihr damals unterbliebener Recurs ließe sich auch aus mancherlei Gründen erklären, z. B. dadurch, daß die Strafe nur gering, sie selbst ihres Untersuchungsverhafts müde und der durch die Wahrscheinlichkeit unterstützten Meinung war, durch Ausführung des Recurses möge jener Verhaft noch auf eine weit längere Zeitdauer, als die zu erstehende Strafe sich erstrecken; vielleicht begriff sie, als unerfahrenes Landmädchen, nicht einmal die ihr gegebene Recursbelehrung.

Dem sei aber, wie ihm wolle, so dürfte so viel als gewiß anzunehmen seyn, daß der angebliche zweite Diebstahl nach Rechtsbegriffen gar nicht existirte; eine juristisch als nicht vorhanden anzusehende That aber nicht durch ein unglückliches Urtheil erst geschaffen werden konnte und in Ermanglung eines zweiten Diebstahls, jetzt ein dritter Diebstahl sich nicht denken läßt.

Kirn.



II.

Rechtsfall über Simulation bei einem Rechtsgeschäft.

Der verstorbene General B. stellte seiner Haushälterin bei ihrer Heirath folgende eigenhändig ge- und unterschriebene Urkunde aus: Der W. T., die mir durch neun Jahre die Haushaltung mit der größten Sorgfalt und Treue geführt, gebe ich bei ihrer Verheirathung für ihre gehabte Mühe für jedes Jahr 200 fl. und zur Bezeugung meiner besondern Erkenntlichkeit noch 200 fl. Douceur, so daß das durch ihre Bemühung erworbene Capital 2000 fl. ausmacht, welche sie nach meiner Ueberzeugung mit Recht verdient hat. Da sie das Capital bei mir angelegt wissen will, damit ich es verzinse, so rc. rc. B. zahlte einige Jahre den Zins, erklärte aber in seinem spätern Testament den Schein als erdichtet, als wirkungslos, indem er seiner Haushälterin Verdienste auf andere Weise mehr als sechsfach bezahlt habe.

Nach dem Ableben des General B. stellte die Haushälterin T. gegen die Erbin des Verstorbenen eine Klage auf Bezahlung der 2000 fl. mit Zinsen an; Beklagterseits ward zwar die Urkunde als richtig anerkannt, jedoch entgegnet, sie enthalte sowohl hinsichtlich der 200 fl. Douceur als der weitern 1800 fl. eine verdeckte Schenkung, welche nichtig seie, indem ihr die gesetzlichen Formen der Schenkung fehlten, überdieß seie die Klägerin bezahlt, denn sie habe während ihres Dienstes ihren Liedlohn immer empfangen, und sodann vom General B. 3000 fl. in Capitalbriefen, und 3000 fl. in Aussteuer empfangen. Der Unterrichter erkannte auf Beweis, daß die Urkunde eine Schenkung enthalte, und daß ihr Betrag bezahlt seie, und ertheilte nach geschehenen Beweisverfolgen das Enderkenntniß, welches der Klägerin drei Notheide in Beziehung auf den erhaltenen Liedlohn, die Capitalbriefe von 3000 fl. und die Aussteuer von 3000 fl. auferlegte. Die Klägerin ergriff dagegen die Appellation, Beklagter Seits

ward ihr adhärirt, und nach geschlossenen Verhandlungen wurde der beklagte Theil zur Zahlung der 2000 fl. mit nicht verjährten Zinsen verurtheilt.

Die Entscheidungsgründe lauteten:

Wollte man auch annehmen, es sei der Inhalt der Urkunde vom 23. April 1819 eine wirkliche, jedoch in die Form eines lästigen oder irgend eines andern Vertrags eingekleidete Schenkung, so ist noch gar nicht zuzugeben, daß dergleichen verkleidete Schenkungen als solche nichtig sind. Die Urkunde bietet für sich keinen Nichtigkeitsgrund dar, und doch müssen alle dergleichen aus dem Gesetz geschöpft seyn. Soll nun die Verkleidung der darin enthaltenen Schenkung in eine andere Vertragsform der Grund der Nichtigkeit seyn, so hat das Gesetz nirgends die Verkleidungen der Verträge, Scheinverträge, als solche für nichtig erklärt, sondern nur jene sind nichtig, welche den Zweck haben, auf einem indirecten Weg eine gesetzliche Unfähigkeit zuzudecken, oder irgend ein gesetzliches Gebot zu umgehen, kurz, jene, welche in fraudem legis abgeschlossen sind. Alsdann fällt der Scheinvertrag für sich, als auf einer gesetzwidrigen Ursache beruhend, und die etwa darin verdeckte Schenkung, deren Form nicht eingehalten wurde, besteht als solcher ausdrücklicher Vertragsact nicht. Eine gesetzliche Unfähigkeit oder Verbietung kann aber nur eine Sache und ihre Form oder eine Person treffen, wenn z. B. verboten ist, in dieser Form zu verfügen, oder über diese und jene Sache, oder zu Gunsten dieser oder jener Person zu verordnen. Keines von diesen dreien trifft hier ein. Es ist nicht vom Gesetze verboten, eine freigebige Verfügung unter Lebenden in andere Vertragsformen als die der Schenkung zu kleiden, denn es sagt der L. R. S. 931 nicht, daß jede Schenkung unter Lebenden in einer Urkunde verfaßt werden müsse, sondern er sagt nur, daß, wenn eine Schenkung unter Lebenden gemacht und als solche ausdrücklich in einer Urkunde errichtet werden soll, sie diese oder jene ausdrückliche Förmlichkeit enthalten müsse. So wenig durch den L. R. S. 931 Handgeschenke, worüber gar keine Urkunden errichtet werden, verboten sind, eben so wenig sind durch den S. 931 Verträge nichtig, welche unter der Form eines belasteten Rechtsgeschäfts eine Schenkung enthalten, ja sogar die L. R. S. 1121, 1973 enthalten gerade Fälle, wo für eine wirkliche Schenkung nicht ihre Formen beobachtet werden müssen. Eine gesetzliche Unfähigkeit und Verbietung hinsichtlich des Gegenstands der Schenkung — der 2000 fl. — oder der Person der Beschenkten — der Klägerin — besteht hier nirgends. Der General B. konnte über 2000 fl. schenkungsweise verordnen, die Klägerin ist bezüglich einer Schenkung von ihm nicht als gesetzlich unfähig zu betrachten, und nachdem also durch die Urkunde vom 23. April 1819 irgend ein gesetzliches Verbot nicht umgangen worden ist, so kann man aus dem unter den Parteien einmal erwählten Schein eines lästigen, oder irgend eines Vertrags, der nicht die Formen der Schenkung hatte, keinen gesetzlichen Nichtigkeitsgrund schöpfen. Solches zu thun, ist nicht gesetzlich verboten, also erlaubt, und wenn nun die Parteien mit gegenseitiger Einwilligung einen nicht verbotenen Weg zur Bestimmung ihrer Rechtsverhältnisse wählten, so ist kein Grund vorhanden, diesen Weg deßhalb umzustoßen, weil die wahre Absicht der Parteien auch auf einem andern Weg erreicht werden konnte. Daß unser Gesetz die in andere Verträge eingekleideten Schenkungen nirgends für ungültig erklären wollte, folgt schon aus dem L. R. S. 911, der nur die in Form eines lästigen Vertrags eingekleideten Schenkungen zu Gunsten eines Unfähigen für nichtig erklärt, und also per argum. e contrario die zu Gunsten eines Fähigen errichteten Verträge, deren wahre Absicht eine Schenkung war, aufrecht erhält. Hiernach war der Erblasser der Beklagten für seine Person gewiß an den Vertrag vom 23. April 1819 gebunden, und wenn er seinen selbst beabsichtigten, und frei gewählten Vertrag nicht umstoßen kann, so kann die beklagte Erbin, welche den Vertrag, nicht aus eigenem Recht, wegen Verletzung ihres Pflichttheils, umstoßen will, nur die Rechte ihres Erblassers ausüben, und muß den Vertrag ebenfalls anerkennen, wie solches schon im gemeinen römischen Recht, in L. 3 c. de contrahenda emtione anerkannt war. Daß der Erblasser in seinem spätern Testament selbst den Vertrag als einen Scheinvertrag erklärte, und widerrief, kann keinen Umstoßungsgrund abgeben, denn als ein nicht in fraudem legis errichteter Scheinvertrag ist er für sich zu Recht beständig, und ein einseitiger Widerruf des Erblassers der Beklagten kann ihn nicht aufheben, denn betrachtet man den Vertrag, seiner Absicht nach, als Schenkung, so kann der einseitige Widerruf des Schenkers die einmal angenommene Schenkung nicht wirkungslos machen, und betrachtet man ihn als die Constituirung einer natürlichen Schuld in eine klagbare, so kann die einseitige Willenserklärung des einen Vertragstheils ohne die hier fehlende Einwilligung des andern Theils abermals keine Aufhebung erwirken.

Daß die in einen andern Vertrag eingekleideten Schenkungen, so lange sie nicht in fraudem legis errichtet wurden, gültig seien, lehren auch die ersten französischen Rechtsgelehrten: Zachariä, IV. §. 659; Toullier, V. Nr. 176; Grenier des donations et testamens. I. Nr. 180; Merlin: repert. donation. T. I. §. VI. questions de droit. donation §. V. Chabot: questions transsit. donation deguisée. §. I.; und nach einigem Schwanken hat sich auch der französische Gerichtsgebrauch für die Aufrechthaltung dergleichen nicht in fraudem legis errichteten verkleideten Schenkungen erklärt. Arrets de la cour de cassation vom 6. Juni 1814, 26. Juli 1814 und 31. Juli 1816.

Wäre dieser Grundsatz noch zweifelhaft, so wird er durch

das alsdann in Vergleichung zu ziehende römische Recht ebenfalls für Aufrechthaltung dergleichen verkleideter Schenkungen entschieden. Die L. 36 d. de contrahenda emtione; L. 46 d. locati conducti; L. ult. d. pro donato; L. 3, 9 c. de contrah. emt. halten überall solche verkleidete Schenkungen aufrecht, und insbesondere enthält schon die L. 38 d. de contrah. emtione den Grundsatz, daß nur die unter unfähigen Personen errichteten verkleideten Schenkungen ungültig sind, inter virum et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore, nulli momenti est. — Es war überhaupt ein, und zwar richtiger Grundsatz des römischen Rechts, daß die nicht in fraudem legis geschehene und von beiden Theilen gewollte Simulation bei einem Rechtsgeschäft dasselbe nicht ungültig macht, wie der ganze Titel des Codex-plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur genugsam ausweist, und man hat daher für den Fall, wo Brunnemann in seinem Commentar zu L. 3 c. de contrahenda emtione sagt: simulatam emtionem, licet non valent illa ut emtio, valere tamen ut alium contractum, qui re vera intenditur, quia contractus simulatus a licito ad licitum jure non est irritus — die bekannte Rechtsregel aufgestellt und überall angenommen — contractus simulatus valet secundum id, quod actum est, si eo modo valere possit — und wenn auch dadurch den Erben eines Vertragstheils ein Nachtheil erwächst, so läßt sich ihnen die eben so bekannte Rechtsregel entgegen halten, multa dicuntur fieri in præjudicium, quæ non fiunt in fraudem.

Ist nun auch der Vertrag vom 23. April 1819 als eine verschleierte Schenkung anzusehen, so ist er doch als solche aufrecht zu erhalten, indem sowohl nach unserm Landrecht, als nach dem gemeinen römischen Recht nirgends ein Grund vorgefunden werden kann, dergleichen nicht zu Gunsten eines Unfähigen, oder gegen ein gesetzliches Verbot errichtete Schenkungen als simulirtes Rechtsgeschäft aufzuheben. Alsdann kann aber auch die behauptete Erfüllung und Zahlung dieser Schenkung in keiner Weise dargethan werden. Denn, ob die Klägerin während ihrer Dienstzeit ihren Liedlohn als Haushälterin des Erblassers der Beklagten empfangen hat, oder nicht, ist bezüglich des im Vertrag vom 23. April 1819 simulirten Rechtsgeschäfts der Schenkung gleichgültig, indem dieselbe nicht auf den Empfang oder Nichtempfang des Liedlohns bedingt ist, und damit in gar keinem Zusammenhang steht. Ob aber der Erblasser der Beklagten der Klägerin noch weitere freigebige Verfügungen durch Aussteuer und Uebergabe von 3000 fl. Capitalien gemacht hat, ist ebenfalls gleichgültig, denn diese freigebigen Verfügungen bestehen alsdann mit einem eigenthümlichen Rechtsgrund für sich, und können als Zahlung der Schenkung vom 23. April 1819 nicht betrachtet werden, weil nirgends vom General B. eine solche Aufrechnung dieser Verfügungen geschehen ist, und sie für sich bestehend alsdann eine andere Verfügung und Verbindlichkeit des Generals B. nicht tilgen können. Es muß daher auch die Unerheblichkeit der der Klägerin in dieser Beziehung auferlegten Eide anerkannt, letztere verworfen, und dem klagenden Theil das unbedingte Zahlungsempfangsrecht der 2000 fl., unter Verwerfung der unbegründeten Anschließung der Beklagten, Appellaten an die Appellation der Klägerin hinsichtlich des Punkts, daß der Vertrag vom 23. April 1819 als Schenkung zu betrachten und sonach aufzuheben seie, ausgesprochen werden.

Allein es ist überhaupt nicht erforderlich, und streng rechtlich begründet, daß man den Vertrag vom 23. April 1819 als einen reinen Schenkungsact ansieht. Eine Schenkung ist nach dem Landrecht und nach dem gemeinen römischen Recht ein reiner Freigebigkeitsact, welcher allein von der Willkühr des Schenkers ausgeht, und wozu er gar keine Verbindlichkeit besitzt — est mera liberalitas, nullo jure cogente. Hier aber erkennt nun General B. ausdrücklich in dem Vertrag an, daß ihm die Klägerin neun Jahre lang seine Haushaltung mit der größten Sorgfalt und Treue geführt habe, er anerkennt ihre Bemühungen, und verspricht ihr dafür ein Capital von 2000 fl. Bei diesem rechtsgültigen Anerkenntniß einer gehabten Bemühung und der eigenen Erklärung als Schuldner des durch diese Mühen erworbenen Capitals von 2000 fl. kann man nun nicht behaupten, daß hier eine reine Schenkung unterliege. Waren vielleicht auch die Mühen der Klägerin unklagbar, so bestand doch jedenfalls eine natürliche Verbindlichkeit, sie zu berichtigen und zu zahlen, und wenn daher der Erblasser der Beklagten solche natürliche Verbindlichkeit freiwillig anerkennt, und seine natürliche Schuld in ein verzinsbares, bei ihm als Schuldner angelegtes Capital mit vierteljähriger Aufkündigung verwandelt, so ist dieser Vertrag als ein Anerkenntniß einer natürlichen Schuld, und als eine Rechtswandlung derselben in eine klagbare Verbindlichkeit anzusehen, welche in einer nach L. R. S. 1326 rechtsbehörigen Urkunde enthalten, sonach vollkommen bewiesen, in jeder Beziehung aufrecht zu erhalten ist, und dieses um so mehr, als der beklagte Erblasser durch die geschehene mehrjährige Verzinsung des Capitals den Vertrag vollzogen hat, und daher weder für sich selbst nach S. 1338, 1338 a. davon zurückkommen, noch seiner nur seine Rechte in dieser Beziehung ausübenden Erbin ein Umstoßungsrecht übertragen kann.

Daß der General B. von 200 fl. als einem Douceur spricht, macht diese 200 fl. ebenfalls nicht zu einer reinen Schenkung, denn abgesehen davon, daß er diese 200 fl. wieder aus besonderer Erkenntlichkeit giebt, also immerhin dabei eine natürliche Verbindlichkeit gegen die Klägerin für ihre große Sorgfalt und Treue anerkennt, so faßt er die 200 fl. in dem durch

die Bemühungen der Klägerin erworbenen Capital von 2000 fl. zusammen, und erkennt also auch für sie an, daß er sie nicht aus reiner Liberalität der Klägerin schenkt, sondern daß sie dieselbe durch ihre ihm geleisteten Bemühungen erworben hat. Wo Jemand von einer Erwerbung einer Summe Geldes durch Mühen spricht, und das Daseyn solcher Mühen durch die bewiesene Eigenschaft der Klägerin als Haushälterin des Generals B. nichts Unwahrscheinliches ist, so ist wohl der solches Erklärende nicht als Schenker zu betrachten.

Unter diesen Voraussetzungen ist aber die vom beklagten Theil vorgebrachte Einwendung der geschehenen Zahlung der 2000 fl. lediglich verwerflich, und die dagegen der Klägerin auferlegten Notheide unerheblich und unzuläßig. Die 2000 fl. sind nirgends vom General B. an die nicht geschehene Bezahlung des Liedlohns der Klägerin geknüpft. Angenommen auch, daß sie ihren Liedlohn empfangen hat, so erscheinen die 2000 fl. als Bezahlung ihrer besondern Sorgfalt und Treue über ihren Liedlohn hinaus, überdieß aber ist die Schuld von 2000 fl. erst nach Beendigung des Dienstes der Klägerin entstanden, und was ihr also der General B. während ihres Dienstes an Liedlohn bezahlt hat, kann offenbar nicht auf die später entstandene Schuld als Zahlung ihrer aufgerechnet werden. Man zahlt keine Schuld neun Jahre vor ihrer Entstehung. Die Aufrechnung des Liedlohns wäre ein Versuch, die Schuld aus Irrthum über die Frage der Zahlung oder Nichtzahlung des Liedlohns entstanden darzustellen und dadurch aufzuheben. Allein ein solcher Irrthum des Generals B. wird nicht behauptet, und ist wohl gar nicht zu vermuthen, weil General B. bei Fassung der Urkunde im Jahre 1819 sich wohl bewußt seyn mußte, ob er neun Jahre lang der Klägerin ihren Liedlohn bezahlt hat oder nicht. Ueberdieß wollte General B. nach dem Vertrag die besondere Sorgfalt und Treue der Klägerin belohnen, und wenn er ihre Dienste 2000 fl. höher als den bezahlten Liedlohn schätzte, so war dieß in seiner Macht, und der beklagte Erbe kann davon nicht abgehen. Das Vorbringen der Beklagten hinsichtlich des Liedlohns ist unerheblich, also auch der deßhalb auferlegte Notheid unzuläßig.

Die weiters der Klägerin vom General B. zugeflossene Aussteuer im Betrag von 3000 fl. kann aber auch als erwiesen nicht als Zahlung der Schuld von 2000 fl. betrachtet werden. Obschon es unbekannt ist, ob nicht General B. sich auch dazu noch verpflichtet hatte, so ist in diesem Fall der Nichtverpflichtung dazu die Aussteuer als eine Sammlung von Handgeschenken zu betrachten, welche für sich mit einem eigenen Rechtsgrund bestehen, und sonach nicht als Bezahlung einer andern klagbaren Schuld des Schenkers betrachtet werden können. Daß General B. die Aussteuer aber als Bezahlung der Schuld aufgerechnet hatte, wird nicht behauptet, und ist schon damit widerlegt, daß man eine Schuld von 2000 fl. nicht mit Sachen im Werth von 3000 fl. bezahlt, und daß General B. mehrere Jahre lang nach der geschehenen Aussteuer die Schuld von 2000 fl. noch verzinst, also deren Fortbestand anerkannt hat. Seine Erbin, die Beklagte, kann aber alsdann davon für sich nicht mehr zurückkommen. Es ist daher der in dieser Beziehung der Klägerin auferlegte Eid unerheblich und unzuläßig.

Eben so unbegründet ist die weitere Behauptung, die 2000 fl. seien mittelst Ueberlassung von Capitalien im Werth von 3000 fl. bezahlt worden. Diese Capitalien sind nach ihren vorgelegten Pfandurkunden auf den Namen der Klägerin vom Jahre 1814 und 1817 ausgestellt, wenn also General B. in diesen Jahren der Klägerin 3000 fl. durch Ueberlassung von Capitalien, oder Anlage derselben für die Klägerin aus seinen Geldern gegeben hat, so kann nun nicht behauptet werden, daß er damit die erst im Jahr 1819 anerkannte und errichtete, also um fünf, beziehungsweise zwei Jahre spätere Schuld bezahlt habe. Man zahlt keine Schuld vor ihrer Entstehung. Der darüber angetretene Zeugenbeweis, daß General B. die Capitalien mit seinem Geld angelegt habe, ist sonach unerheblich, aber auch unzuläßig, denn da diese Thatsache dazu bestimmt wird, um eine Auflösung des Rechtsgeschäfts der Errichtung der Schuld von 2000 fl. mittelst Zahlung darzuthun, so verstößt er gegen den L. R. S. 1341, indem nicht nur die zur Errichtung eines Rechtsgeschäfts vorgenommenen Handlungen, sondern auch die zur Auflösung der Rechtsgeschäfte geschehenen Handlungen durch Zeugen nicht bewiesen werden können. Es ist daher auch die Anschließung der Beklagten an die Appellation der Klägerin wegen Verwerfung des Zeugenbeweises unzuläßig, aber auch der der Klägerin auferlegte Notheid wegen der Capitalien ad 3000 fl. ist unerheblich und nach Verwerflichkeit aller Einwände der Beklagten mußte dieselbe zur Zahlung der eingeklagten 2000 fl. mit nicht verjährten Zinsen verurtheilt werden.

Sander.

III.

Hofgericht am Unterrhein, erster Senat. Oberhofgericht, erster Senat.

Rechtsfrage: Kann der Richter über die Materialien einer Klage, die er selbst für jedenfalls zu früh angestellt erklärt (actione nondum nata) rechtsgültig entscheiden?

Rechtsfall.

Einer Losungsklage hatte der Beklagte, nach Vorschrift des §. 291 der Prozeßordnung, außer der dilatorischen

Einrede: daß sie zu früh angestellt sei, auch mehrere peremtorische, das Losungsrecht selbst bestreitende Einreden entgegengestellt. Der Kläger bestritt sämmtliche Einreden, und der Unterrichter verwarf, ohne die dilatorische Einrede zu berücksichtigen, die Losungsklage, indem er jedoch nur eine der peremtorischen Einreden als begründet begutachtete. Der Kläger konnte das Urtheil unmöglich zur Rechtskraft erwachsen lassen, er appellirte, und suchte auch in secunda sämmtlichen Einreden zu begegnen, stellte jedoch die Bitte: vor Allem über die dilatorische Einrede zu entscheiden, und, wenn sie begründet erfunden werden sollte, die Klage in Gemäßheit §. 252 und 360 der Prozeßordnung, als noch zur Zeit unstatthaft, zurückzuweisen. Indem sich das Großh. Hofgericht in seinen Entscheidungsgründen bestimmt dahin ausgesprochen: „daß die Klage jedenfalls zu früh angestellt sei," bestätigte dasselbe gleichwohl das Urtheil primæ, indem es den amtlichen Entscheidungsgrund verwarf, dagegen eine andere peremtorische Einrede für begründet erachtete. Dem Kläger wurde hierdurch auch die Oberappellation aufgedrungen, und er beschwerte sich, indem er der dilatorischen Einrede nunmehr nachgab, hierüber also zwischen den Parteien nichts mehr streitig, und daher auch nichts mehr zu entscheiden war, beim Großh. Oberhofgericht über das prozeßwidrige Verfahren des Großh. Hofgerichts; allein es erfolgte, unter Adoptirung des hofgerichtlichen Entscheidungsgrundes, auch in tertia ein confirmatorisches Urtheil in der Hauptsache, indem man sich in den Entscheidungsgründen dahin aussprach: „daß es darauf, ob die Klage zu frühzeitig angebracht worden, weiter nicht mehr ankommen könne, und der Kläger mit Recht ohne Weiteres mit seiner Klage abgewiesen worden sei."

Gutachten.

Das Recht, zu klagen, kann nicht zu jeder Zeit geltend gemacht werden; das Gesetz bestimmt, wie z. B. namentlich bei der Losungsklage der §. 1701 a. f. des L.R. und die Verordnung vom 3. Mai 1808 §. 12 (nach der vom Großh. Hofgericht, erstem Senat ausgesprochenen Ansicht, der ich jedoch nicht beipflichten kann) genau den Zeitpunkt, wann dieses Klagrecht eintritt, quando actio nata sit.

Der Losungsberechtigte kann vor dem Eintritt dieses Zeitpunkts sein, gleichviel wirkliches oder nur vermeintliches, Recht vor Gericht nicht verfolgen, und, wenn er es gleichwohl thut, so muß ihm der Richter, nach §. 252 der Prozeßordnung die Ladung versagen, die Verhandlung über das in Anspruch genommene Recht und daher auch die Entscheidung über die Materialien verweigern; denn da, wo noch kein zur Klage berechtigter Kläger existirt, da läßt sich auch ein zur Verhandlung und Entscheidung berechtigter Richter nicht denken, da auch das Recht, ein Urtheil zu geben, durch dieselben Gesetze beschränkt ist.

So wenig aber Jemand vor dem Eintritt des gesetzlichen Zeitpunkts berechtigt ist, zu klagen, und eine Verhandlung und Entscheidung von dem Richter zu verlangen, eben so wenig ist er verbunden, bei diesem Eintritt zu klagen, denn bei der, durch die neue Prozeßordnung eingeführten, Verhandlungsmaxime kann Niemand zur Verfolgung seiner wirklichen oder vermeintlichen Rechte, zum Klagen, gezwungen werden.

Eben so wenig kann aber auch, so lange noch keine Klage zur gehörigen Zeit eingekommen ist, dem noch zur Zeit gesetzlich unbefugten Kläger von dem Richter zum Voraus eine Entscheidung über seine, noch nicht zur Klage reifen, gleichviel gegründeten oder ungegründeten, Ansprüche aufgedrungen werden; denn es kann dem Kläger schlechterdings nicht gleichgültig seyn, wann und von wem über sein Recht entschieden wird.

Derselbe Prozeß, welcher im Jahr 1833 gewonnen worden ist, kann bei denselben Behörden im Jahr 1834 verloren werden, oder umgekehrt, und der Grund hievon kann vielleicht einzig und allein darin liegen, weil bei diesen Behörden das Personal sich geändert hat, weil die gegenwärtigen Richter gerade der entgegengesetzten Meinung der früheren sind; ja, der Fall kann selbst bei denselben Personen Statt finden; denn, da bei uns keine Präjudize mehr gelten, ist es lediglich den Richtern anheimgestellt, nach Belieben ihre Rechtsansichten zu ändern.

Der Richter ist hienach, so lange eine Klage nicht zur gehörigen Zeit angebracht wird (actione nondum nata, an fundata judici videatur nec ne) zu jeder Verhandlung und Entscheidung unfähig, huc usque incompetens, und alles Verfahren vor ihm, jede seiner Entscheidungen, ist nach §. 57 der Prozeßordnung nichtig.

Das Großh. Hofgericht hätte daher bei der, von ihm in casu substrato unumwunden ausgesprochenen Ansicht, seine Unfähigkeit jetzt schon in der Hauptsache zu entscheiden, nach §. 252 der Prozeßordnung, und zwar in der im §. 360 ibid. genau vorgeschriebenen Form aussprechen, und dadurch das eben so unreife und nichtige amtliche Urtheil cassiren, dem Kläger aber die Anstellung einer neuen Klage zur gehörigen Zeit anheimstellen sollen.]

Die gegen das gesetzwidrige und nichtige Verfahren des Großh. Hofgerichts von dem Oberappellanten erhobene Beschwerde war daher wohl begründet, und es hätte ihr daher auch abgeholfen werden sollen. Dadurch, daß das Großh. Oberhofgericht, unter Voranstellung des durchaus unwahren Rechtssatzes in seinen Entscheidungsgründen: „daß es darauf nicht mehr ankommen könne, ob die Klage zu früh angestellt sei oder nicht, und daß der

Kläger mit Recht ohne Weiteres mit seiner Klage abgewiesen worden sei" — eine confirmatoria in der Hauptsache aussprach, anstatt die früheren Urtheile, als von unfähigen Richtern erlassen, und daher nichtig zu cassiren, hat es sich gleicher Richtigkeit, wie die beiden ersten Instanzrichter schuldig gemacht: denn es war, rebus sic se habentibus, eben so unfähig, ein Urtheil in der Hauptsache zu geben, denn der §. 1223 der Prozeßordnung, wornach in allen Fällen, wo das angefochtene Urtheil ein Endurtheil war, auch das Appellationsgericht das Endurtheil erlassen soll, unterstellt offenbar einen zur Entscheidung gesetzlich berufenen und befugten und keinen hiezu, wenigstens noch zur Zeit, unfähigen Richter. Es unterliegen daher sämmtliche Urtheile der durch das Rechtsmittel der Restitution im Sinne des §. 1253 der Prozeßordnung zu erwirkenden Cassation.

Daran kann es aber dem Kläger noch nicht genügen: nach §. 58 der Prozeßordnung war „der unfähige Richter verpflichtet, diese seine ihm bekannte Unfähigkeit in der gesetzlichen Form auszusprechen; dadurch, daß es die beiden obersten Instanzen unterlassen haben, sind sie dem Kläger für den ihm durch das nichtige Verfahren verursachten Schaden verantwortlich;" es steht ihm namentlich wegen der verursachten Kosten eine Entschädigungsklage in Gemäßheit des §. 1382 ff. des Landrechts gesetzlich zu *).

Heidelberg im August 1834.

Leonhard.

*) Davor, denke ich, wird das Oberhofgericht noch keine Bang haben. Zwar bin ich damit einverstanden, daß das Gericht, wenn es die Klage als zu frühzeitig angebracht erkennt, dieselbe nach dem §. 360 der Prozeßordnung als zur Zeit unstatthaft zu verwerfen habe, ohne sich im Uebrigen auf den Gehalt der Klage einzulassen, und ohne über diese definitiv zu entscheiden, und daß in diesem Falle eine nachträgliche Berichtigung und Ergänzung nicht eben so geschehen könne, wie da, wo nur wegen formeller Gebrechen die Klage „angebrachtermaßen" zu verwerfen gewesen wäre. Von einer Incompetenz oder Unfähigkeit des Richters kann man aber, wie mir scheint, dennoch nicht sprechen. Die Competenz des Richters richtet sich lediglich nach den Bestimmungen der §§. 7—39 der Prozeßordnung und die Unfähigkeit desselben nach den Bestimmungen des §. 56. Die letztere bezieht sich allein auf das persönliche Verhältniß des Richters zu dem Streitgegenstand oder zu den streitenden Parteien, die erstere aber auf den Kreis der Wirksamkeit des Richters hinsichtlich der verschiedenen Rechtsstreitigkeiten unter sich. Gehört eine Sache einmal nach den §§. 7—39 der Prozeßordnung überhaupt in den Kreis der Beurtheilung eines bestimmten Richters, so kann man nicht sagen, daß dieser Richter seine Competenz übersteige, wenn er die seiner Beurtheilung unterworfene Sache nur unrichtig behandelt, wenn er z. B. über eine zur Entscheidung noch nicht reife Sache ein Enderkenntniß giebt, oder in einer zum Enderkenntniß reifen Sache nur einen unnöthigen Zwischenbescheid ertheilt, so wie wenn er ein bereits vorhandenes Recht als zur Zeit noch unstatthaft verwirft, oder ein zu frühzeitig verfolgtes als bereits wirksam erkennt u. dgl.

Der Richter und sein Nachfolger im Amte sind in Beziehung auf ihre Competenz juristisch nur eine Person. Die Competenz bezieht sich nur auf den Umfang der richterlichen Gewalt im Verhältniß zu andern (gleichzeitig bestehenden) richterlichen Behörden, nicht aber auf die Grenzlinien der Gewalt zwischen dem Vorfahrer und Nachfolger in einem und demselben Amte. In dieser letztern Hinsicht ist immer derjenige Richter zur Entscheidung befugt, welcher zu der Zeit, da der Streit vor ihm liegt, sich im Amte befindet, und wenn er über ein Recht, das vor ihm mit einer Klage verfolgt wird, entscheidet, ehe dasselbe gesetzlich klagbar ist, so hat er wohl gesetzwidrig, aber deßhalb doch nicht incompetent gehandelt.

Was nun insbesondere den vorliegenden Fall betrifft, so hätte wohl der Beklagte die in Frage stehende verzögerliche Einrede als prozeßhindernd vorschützen und nach dem §. 296 der Prozeßordnung die Einlassung als unnütz verweigern können, bis über jene Einrede ein besonderes Erkenntniß erfolgt wäre. Hat er sich aber eingelassen und der Unterrichter alsdann, ohne jener verzögerlichen Einrede Folge zu geben, in der Hauptsache selbst entschieden, so konnte sich gegen dieses Verfahren doch wohl der Kläger nicht beschweren, da er kein Recht auf die von ihm widersprochene Einrede des Beklagten haben konnte. Der Beklagte machte aber sicher daraus, daß die Klage nicht bloß zur Zeit, sondern definitiv verworfen ward, keine Beschwerde.

Nichts desto weniger hätte übrigens das Hofgericht, wenn es die Klage wirklich als zu frühzeitig angebracht erkannte, dieselbe bloß zur Zeit verwerfen und nicht in der Hauptsache entscheiden sollen, da diese Verwerfung, wie auch der §. 360 zeigt, von Beurtheilung der Klage selbst und nicht bloß von Einreden abhängt.

Hatte indessen das Hofgericht einmal über die Klage definitiv erkannt, so konnte dieses Urtheil, wenn es gleich mit den, die Klage als zu frühzeitig angebracht darstellenden, Entscheidungsgründen in einem Widerspruch stand, vom Oberhofgericht, sofern dieses die Klage als rechtzeitig ansah, ganz consequent bestätigt werden, da der Oberappellationsrichter nur über die Rechtmäßigkeit des hofgerichtlichen Urtheils und nicht über die Consequenz der demselben unterlegten Entscheidungsgründe zu entscheiden hatte.

D. R.

Hiezu eine Extrabeilage.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Extra-Beilage

zu

Nr. 39 zweiter Jahrgang

der

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Rechtsfall. Losung.

Der katholische Kirchenfiscus kaufte von einem seiner Erbbeständer in Heddesheim, Amts Ladenburg, ein Erbbestandsgut; die einzige Kaufbedingniß war Zahlung des Kaufpreises bei Aushändigung des Kaufbriefes. Der Kauf wurde im Kauf- und Tauschbuch protocollirt, Behufs der Losung öffentlich angeschlagen, dessen Eintrag in das Grundbuch aber bis nach umlaufener Losungsfrist ausgesetzt.

Ein Bürger von Heddesheim meldete sich als Loser, und trat, da die Losung verweigert wurde, mit einer Losungsklage auf; der Beklagte setzte der Klage vor Allem die dilatorische Einrede entgegen, daß sie zu frühzeitig angestellt sei, weil der Kauf noch nicht in das Grundbuch eingetragen sei, wie es §. 1701 a. f. des Landrechts und die Verordnung vom 3. Mai 1808 §. 12 verlange, und weil ihm nach §. 1583 a. des Landrechts selbst noch kein Dispositionsrecht über das erkaufte Gut zustehe. Er verband damit die peremtorischen Einreden:

a. daß nach §. 4 der allgemeinen Verordnung hier eine verbotene Bürgerlosung vorliege, indem er auf der Heddesheimer Gemarkung begütert, daher ein Markungsgenosse und kein Ungenosse sei, wie ihn §. 2 derselben Verordnung und §. 1701 a. h. des Landrechts unterstellen;

b. daß nach §. 8 der allgemeinen Verordnung keine zugbare Sache und nach §. 9 ibid. kein zugbarer Rechtstitel vorliege,

α. indem er kein reines Eigenthum, sondern nur Nutzeigenthum gekauft, dieses mit seinem Obereigenthum consolidirt habe;

β. weil bei einer solchen Consolidirung die Losung eben so unstatthaft sei, als bei jener durch Heimfall;

γ. weil der Loser die Kaufbedingnisse nicht erfüllen, nämlich den Consens zum Verkauf an ihn nicht beibringen könne, indem er ihm würde verweigert werden;

δ. weil er im äußersten Fall die ihm nach dem Erbbestandsbrief zustehende Erbbestandslosung gegen den Loser geltend machen werde.

Das Großh. Amt Ladenburg (Amtmann Pfeiffer) ließ die dilatorische Einrede ganz unbeachtet, und verwarf die Losungsklage in materieller Hinsicht, indem es der sub a. aufgeführten peremtorischen Einrede nachgab; das Großh. Hofgericht am Unterrhein, erster Senat (Referent Hofgerichtsassessor von Wöllwarth), indem es die dilatorische Einrede als begründet begutachtete, bestätigte, indem es den amtlichen Entscheidungsgrund verwarf, gleichwohl das amtliche Urtheil, indem es die sub b. aufgeführte Einrede für begründet erklärte; das Großh. Oberhofgericht, erster Senat (Referent Oberhofgerichtsrath Wedekind) confirmirte das hofgerichtliche Urtheil, indem es dessen Entscheidungsgründen beitrat, und sich dahin aussprach, daß die dilatorische Einrede weiter keine Berücksichtigung verdiene.

Es bringt uns dieser Rechtsfall, abgesehen von der in einem besondern Aufsatze, Nr. 39 zweiter Jahrgang der Annalen, behandelten dilatorischen Einrede, in materieller Hinsicht folgende Rechtsfragen auf:

1) Muß einer Losungsklage der Eintrag des Kaufs in das Grundbuch nothwendig vorangehen?

2) Ist die Losung eines Ortsbürgers gegen einen zwar Markungs- aber nicht Gemeindsgenossen (Ausmärker) als eine durch den §. 4 der allegirten Verordnung verbotene Bürgerlosung zu betrachten?

3) Ist Nutzeigenthum (Erbbestand) eine zugbare Sache und kann, wenn ein Obereigenthumsherr von seinem eigenen Erbbeständer oder Nutzeigenthümer das Nutzeigenthum kauft und mit seinem Obereigenthum consolidirt, das Nutzeigenthum von einem sonst hiezu Berechtigten gleichwohl gelost werden? ist demungeachtet ein zugbarer Rechtstitel vorhanden?

4) Kann die Consolidirung durch einen solchen Kauf jener durch Heimfall gleich geachtet werden? Schützt sie namentlich gegen die Losung?

5) Kann der Obereigenthumsherr in dem unterstellten Falle den seinem Erbbeständer zur Veräußerung ertheilten Consens im Fall eintretender Losung wieder zurücknehmen, und in Beziehung auf den Loser verweigern?

Ist überhaupt der Consens des Obereigenthumsherrn zur Veräußerung des Nutzeigenthums erforderlich?

6) Kann der Obereigenthumsherr gegen den Käufer oder Loser eines Nutzeigenthums (Erbbestands) die in dem Erbbestandsbrief bedungene Erbbestandslosung geltend machen?

Das Losungsrecht ist als ein, die Ausübung des Eigenthumsrechts beschränkendes, und daher odioses Institut durch unsere Gesetze nicht nur auf keinerlei Weise begünstigt, sondern vielmehr von der Beobachtung so vieler Nothfristen und anderer Förmlichkeiten abhängig gemacht, manche Bestimmungen sind so zweideutig, daß sie einer verschiedenen Auslegung empfänglich sind, so daß die Durchführung einer Losungsklage, schon an und für sich, mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen hat, da nach dem §. 17 der mehrerwähnten Verordnung „im Zweifel gegen die Losung zu sprechen, und jede in Frage stehende Gesetzesstelle im buchstäblichen, mithin engsten Sinne zu nehmen ist.“

Dem Landmann, bei welchem die Ausübung des Losungsrechts am häufigsten vorzukommen pflegt, wird hier wirklich zu viel zugemuthet, weiß ja (wie dieß der vorliegende Fall an Handen giebt) der Richter oft selbst nicht, wie er daran ist, so daß er, wie das Gesetz vorschreibt, im Zweifel sich gegen die Losung auszusprechen sich verpflichtet hält.

Wenn nun aber auch noch von Seiten des Losungspflichtigen willkührliche Beschränkungen dieses verkümmerten Losungsrechts eintreten; wenn sich namentlich die Lehensherrn, wie es §. 4 der allegirten Verordnung bezeichnet, „Anmaßungen“ gegen die Losungsberechtigten zu Schulden kommen lassen; wenn der schlichte Landmann aus Unkenntniß seines Rechts diesen Beeinträchtigungen und Anmaßungen preisgegeben ist, ihnen die geeignete Einrede nicht entgegenstellen kann, und der Richter seinerseits, nach der bei uns eingeführten Verhandlungsmaxime, diese Einreden nicht suppliren darf, so wird bald das Losungsrecht gänzlich verfallen.

Wenn es unter diesen Umständen namentlich dem Kirchenfiscus gelingt, dadurch, daß er von seinen Erbbeständern das Nutzeigenthum kauft, das durch den §. 2 und 4 der allegirten Verordnung garantirte Losungsrecht der Gemeinden und Ortsbürger zu beseitigen; wenn er bei Erbbestandskäufen von der in den Erbbestandsbriefen bedungenen Erbbestandslosung, des Verbots im §. 4 cit. ungeachtet, Gebrauch machen kann, weil die Berechtigten jene Garantie und dieses Verbot nicht kennen, — so wird der Kirchenfiscus, welcher die durch die Zehntablösung eingehenden Capitalien liegenschaftlich anzulegen suchen muß, da, wo die Erbbestände so häufig sind, bald fast ausschließender Grundeigenthümer und ganze Gemeinden seine Zeitbeständer seyn.

Es muß daher Jedem, dem an der Aufrechthaltung des Rechts und an der möglichsten Entfernung alles anmaßlichen Unrechts gelegen ist, sich der lebhafte Wunsch aufdringen, daß die Berechtigten über ihr Recht und über die Anmaßung der ihnen gegenüberstehenden Pflichtigen aufgeklärt, daß sie dadurch in den Stand gesetzt werden, ihr Recht vor Gericht geltend zu machen und der Anmaßung zu begegnen, damit der Richter auch seinerseits gesetzlich autorisirt sei, ihr Recht zu schützen.

Diesem Wunsche zu entsprechen, ist meine gutgemeinte Absicht, wenn ich es versuche, die oben aufgestellten Rechtsfragen zu beantworten, und freuen würde es mich, wenn auch andere Juristen, namentlich die verehrten Herren Redactoren der Annalen der Großh. Badischen Gerichte, sich veranlaßt sähen, ebenfalls ihre Ansicht auszusprechen, und der so dringend nöthigen Aufklärung die möglichste Publicität zu geben.

Gutachten.

ad 1. Der §. 1701 a. f. des Landrechts besagt:

„Die Losung findet bei der Marklosung binnen dreißig Tagen, vom Eintrag des Verkaufs in das Grundbuch an gerechnet, Statt;“

und der §. 12 der Verordnung vom 3. Mai 1808:

„Die Losungsfrist ist ein Monat oder dreißig Tage, von dem auf die Gewährung des Kaufs oder auf den Zuschlag bei Steigerungen, gegen die eine Losung Statt findet, folgenden nächsten Tage anfangend, und den Ankündigungstag der Losung mit einbegreifend.“

Der Zweck des Gesetzes ist wohl kein anderer, als

1) daß der Losungspflichtige binnen einer gewissen Zeit über den Erwerb des Eigenthums gewiß werde;

2) daß den Losungsberechtigten dagegen aber auch eine bestimmte Zeit vergönnt sei, um über die Ausübung ihres Rechts einen Entschluß zu fassen.

Da Käufe gewöhnlich privatim und insgeheim geschlossen und oft erst lange nachher durch den Eintrag in das Grundbuch offenkundig werden, so mußte, um diesen Zweck zu erreichen, der gesetzliche Termin zur Losung von dem Zeitpunkt dieses Eintrags an als Regel festgesetzt werden.

Anders verhält es sich in denjenigen Fällen, wo das Eigenthum durch einen öffentlichen Act erworben wird, und dieß ist der Fall

a) bei öffentlichen Versteigerungen (in so fern überhaupt dagegen eine Losung eintritt) und

b. bei öffentlich abgeschlossenen Käufen.

In dem ersteren Falle wird der Eigenthumserwerb im

Augenblick des Zuschlags, im letztern Falle im Augenblick des Eintrags in das öffentliche Kauf- und Tauschbuch, und durch den öffentlichen Anschlag des Kaufs offenkundig; die Losungsberechtigten sind im Stande, von diesem Augenblick an sich über die Ausübung ihres Rechts zu berathen und einen Entschluß zu fassen, und dem Losungspflichtigen kann es nur angenehm seyn, je eher je lieber allen Zweifel über seinen Erwerb beseitiget zu sehen. Der Zweck des Gesetzes ist erfüllt, und es tritt hier die Rechtsregel ein: cessante ratione legis cessat lex ipsa. Es beginnt daher in diesen beiden Fällen die Losungsfrist mit dem Zuschlag, resp. analog mit dem unmittelbar auf die Protocollirung folgenden öffentlichen Anschlag des Kaufs, Behufs der Losung.

Es beweist dieß der Inhalt des §. 12 der allegirten Verordnung selbst in den Worten:

„ein Monat nach dem auf die Gewährung (oder was dem gleich ist, weil beides gleichzeitig geschieht, auf den Eintrag des Kaufs in das Grundbuch) oder auf den Zuschlag folgenden Tag."

Es bedarf hiernach bei dem durch den Zuschlag öffentlich bekannt gewordenen Erwerb zur Anstellung der Losungsklage nicht erst eines Eintrags in das Grundbuch, oder einer Gewährung und eben so verhält es sich analog mit dem öffentlich abgeschlossenen und angeschlagenen Verkauf. Es wird diese Analogie für den unterstellten Fall offenbar mit vollem Rechte in Anspruch genommen.

Ein Eintrag des Kaufs in das Grundbuch würde auch da, wo eine Losung mit Erfolg geltend gemacht wird, durchaus zwecklos erscheinen und ohne alle Rechtsfolge bleiben.

Ueberdem bestimmt das Gesetz überall nur den terminum ad quem, den äußersten Zeitpunkt, wie lange das Losungsrecht soll geltend gemacht werden können; darin liegt aber keineswegs ein Verbot, daß es auch nicht früher und zwar sobald der Kauf bekannt ist, geltend gemacht werden dürfe.

Noch weniger stichhaltig ist der auf den §. 1583 a. des Landrechts gestützte Einwand, daß der Käufer vor dem Eintrag in das Grundbuch das erworbene Eigenthum selbst nicht geltend machen könne.

Bei der Losung macht der Käufer durchaus keine Eigenthumsrechte geltend, sondern er soll gerade durch die Losung von dem Erwerb, und daher auch von der Ausübung des Eigenthumsrechts abgetrieben werden, und es paßt daher die angerufene Gesetzesstelle nicht hierher.

Die aufgestellte Rechtsfrage wird also dahin zu beantworten seyn:

daß die im §. 12 der allegirten Verordnung durch das Wort „oder" hinsichtlich der Versteigerungen bezeichnete Ausnahme von der Regel, daß die Losung binnen dreißig Tagen, vom Eintrag des Kaufs in das Grundbuch an, geltend gemacht werden muß, analog auch auf den Fall öffentlich abgeschlossener und angeschlagener Käufe auszudehnen sei, daß daher der gesetzliche dreißigtägige Termin hier vom Augenblick des öffentlichen Kaufanschlags zu laufen anfängt *).

Es folgt hieraus, daß da, wo eine Losung angekündiget und verweigert worden ist, vor der endlichen Entscheidung hierüber der Eintrag in das Grundbuch als zwecklos erscheint, und daher von dem Ortsvorstand in Heddesheim in vorliegendem Falle mit vollem Recht verweigert wurde, und eben so, daß die in casu substrato angestellte Losungsklage keineswegs zu früh angebracht, sondern wirklich actio nata war.

ad 2. Der §. 4 der allegirten Verordnung führt unter den „verbotenen Losungen namentlich auch die Bürgerlosung" auf, jedoch nur „in so weit sie hier und da etwas anderes und mehreres als die Marklosung bezeichnet."

Es fragt sich also hier, ob die in vorliegendem Falle geltend gemachte Losung der gesetzlich gestatteten Marklosung gleich oder als etwas anderes und mehreres zu betrachten sei?

Der §. 2 derselben Verordnung wird hier in Verbindung mit §. 1701 a. b. des Landrechts und mit dem zweiten Constitutionsedict §. 2 Seite 7 die bestimmteste Auskunft geben.

---

*) Eine solche Analogie möchte wohl gewagt seyn. Uebrigens sehe ich nicht ein, wozu es derselben hier bedürfen sollte, da ja der fragliche Kauf im Kauf- und Tauschbuch, d. h. im Grundbuch wirklich eingetragen war.

Ich weiß nicht, was man denn noch für ein weiteres Grundbuch haben wollte.

Das öffentliche Buch, in welches die Käufe und andere Erwerbungen von Liegenschaften eingetragen werden, nennt der §. 25 des zweiten Einführungsedicts, so wie das Landrecht in den Sätzen 939 a., 1081, 1583 a., 1983, 2181 a. das Grundbuch.

Wird es nun aber auch „das Contractenbuch" genannt, so hört es deßwegen nicht auf, das Grundbuch zu seyn, da das Landrecht nur ein solches Buch für die Rechtstitel der Eigenthumsveränderungen von Liegenschaften kennt.

Die Instruction von 1824, welche nach §. 1 zum Vollzug der L. R. S. 1583 a., 939 a., 1081, 1983, 2181 a. nämlich für die Führung der in diesen Sätzen erwähnten Grundbücher erlassen wurde, nennt dieselben ebenfalls Gewähr- (Kauf- und Tausch-) Bücher.

M. s. Bekk über die dinglichen Rechte an Liegenschaften, 1831, S. 96. D. R.

In dem allegirten §. 2 der Verordnung heißt es:

„Um des gemeinen Nutzens willen behalten wir auch noch die Marklosung, in Gemäßheit unseres zweiten Constitutionsedicts, bei, welchr jeder Gemeinde und jedem Ortsbürger bei jeder zugbaren Veräußerung eines markungsangehörigen Grundstücks auf einen Ungenossen gegeben ist."

Der allegirte §. 1701 a. b. des Landrechts besagt:

„Das Gesetz giebt Losung den Gemeinden und Gemeindsbürgern an dem Verkauf auf Ungenossen."

Und fragt man, wer denn den Gemeinden und Ortsbürgern gegenüber als Ungenosse zu betrachten sei, so giebt hierüber der allegirte §. 2 des zweiten Constitutionsedicts dahin genügende Auskunft, daß in Beziehung auf die Losung unter dem Wort „Ungenossen"

„solche Personen zu verstehen seien, welche keinen Theil an dem Ortsrecht haben, und daß nur einzelne Bürger zur Losung berechtigt seyn sollen."

Es sind hienach unter „Ungenossen" namentlich die „Ausmärker" verstanden, d. i. solche, gleichviel physische oder moralische Personen, welche zwar auf der Gemarkung begütert und dafür verhältnißmäßig besteuert sind, gleichwohl aber keinen Theil an dem Ortsrecht haben; dahin gehört namentlich der Kirchenfiscus, und es kann daher die etwas anderes und mehreres als die Marklosung nicht bezeichnende, folglich erlaubte Bürgerlosung gegen ihn mit vollem Rechte geltend gemacht werden.

Man wende hiegegen nicht ein, daß das zweite Constitutionsedict über die Auslegung des Wortes „Ungenosse" nach der Einführung des neuen Landrechts keine officielle Auskunft mehr geben könne; denn es ist im §. XVIII des Einführungsedicts zu diesem neuen Landrecht unter andern auch namentlich die „Losungsordnung, wie sie durch die älteren Landesgesetze eingeführt worden, in so fern sie nicht buchstäblich geändert ist, in bürgerlicher Hinsicht bei Kräften erhalten," sie soll namentlich „als Erläuterung des Gebrauchs der dießfalls kürzern im Landrecht ausgedrückten Sätze dienen."

Die aufgestellte Rechtsfrage wird hienach dahin zu beantworten seyn:

daß die von einem Ortsbürger oder von der Gemeinde gegen einen Käufer, welcher ein Ausmärker ist, also auch gegen den Kirchenfiscus geltend gemacht werdende Losung keineswegs als eine verbotene, sondern als eine in dem §. 4 der allegirten Verordnung namentlich beibehaltene, der Marklosung gleich zu achtende Bürgerlosung sei. Es geht daraus hervor, daß sie in dem vorliegenden Falle, wie dieß auch das Großh. Hofgericht selbst anerkannt hat, in dieser Beziehung mit vollem Rechte geltend gemacht wurde.

ad 3. Nach §. 8 der allegirten Verordnung gelten für „zugbare Sachen Liegenschaften, und was Liegenschaftsrecht hat." In die letztere Kategorie gehört nun bekanntlich namentlich das Nutzeigenthum oder Erbbestände, eben so gut als das Obereigenthum; denn eines wird wie das andere als Liegenschaft versteuert, über beide werden bei Verkäufen förmliche Kaufbriefe gelöst, und von dem Kaufpreis wird Liegenschaftsaccise bezahlt, auf beide können Hypothekarrechte bewilliget und erworben werden u. s. w. Zu allem Ueberfluß gestattet aber der §. 9 derselben Verord. ausdrücklich „die Losung gegen Erbleihe- oder Erbbestandsübernahme," und erklärt zugleich „denjenigen Rechtstitel für einen zugbaren, wodurch eine zugbare Sache in eine andere Hand zu Eigenthum übertragen wird." Unter dem Ausdruck „in eine andere Hand" ist hier, so wie überall im Gesetz, offenbar nichts anderes verstanden, als an einen Dritten, welcher bis dahin die verkaufte Sache, hier das Nutzeigenthum, nicht zu Eigenthum besessen.

Wer der Uebernehmer oder Käufer des Nutzeigenthums sei, ob ein ganz Fremder, oder ein Ausmärker, und sei dieß der Obereigenthumsherr selbst, darauf kann es nicht ankommen, da das Gesetz hierin durchaus keinen Unterschied gemacht hat, und daher hier die allgemeine Rechtsregel gilt: lege non distinguente, judicis non est distinguere.

Daß der Obereigenthumsherr von seinem eigenen Erbbeständer das Nutzeigenthum, welches er bis dahin nicht als Eigenthum besessen, kauft, dadurch dieses mit dem Obereigenthum consolidirt, ändert an der Natur des nach dem Gesetz für eine zugbare Sache geltenden Nutzeigenthums so wenig als an dem gesetzlich zugbaren Rechtstitel des Verkaufs; warum sollte auch der zufällige Umstand, daß es dem Verkäufer gerade in den Sinn kommt, sein, der Losung unterworfenes Nutzeigenthum an seinen Obereigenthumsherrn zu verkaufen, den Losungsberechtigten ihr Losungsrecht entziehen, bloß um deßwillen, weil dadurch eine Consolidirung eintritt? Es liegt hierzu durchaus kein rechtlicher Grund vor, nach dem alten juridischen Prinzip, daß durch pacta inter alios die Rechtszustände Dritter auf keinerlei Weise geschmälert werden können, und es erscheint daher die allgemeine Bestimmung des Gesetzes auch in dieser Hinsicht durchaus consequent.

Es wird sich hienach die aufgestellte Rechtsfrage dahin beantworten lassen:

daß nach §. 8 der allegirten Verordnung das Nutzeigenthum für eine zugbare Sache, und der Verkauf desselben an einen Dritten, selbst an den Obereigenthumsherrn, nach §. 9 ibid. für einen zugbaren Rechtstitel gelte, daß die zufällige Consolidirung des Nutz- mit dem Obereigenthum

an dieser ihm von dem Gesetz zugeschriebenen Natur oder Eigenschaft so wenig als an dem gesetzlichen Rechtstitel etwas ändern, den Losungsberechtigten ihr Losungsrecht nicht entziehen kann.

ad 4. Daß bei einer Consolidirung des Nutzeigenthums mit dem bis dahin davon getrennten Obereigenthum durch Heimfall ein Losungsrecht so wenig geltend gemacht werden kann, als überhaupt bei dem Erbschaftsanfall, hat schon darin seinen natürlichen Grund, weil hier kein Preis bestimmt ist, den der Loser zu bezahlen, weil hier keine Bedingungen festgesetzt sind, die der Loser zu erfüllen sich anheischig machen müßte.

Ganz verschieden von dieser unfreiwilligen Consolidirung ist aber die Consolidirung durch Kauf; „hier wählt sich der Nutzeigenthümer" nach von dem Obereigenthumsherr erhaltener Erlaubniß zur Veräußerung „den Käufer selbst;" hier wird ein Preis bestimmt und werden Bedingnisse festgesetzt; und es tritt hier nach §. 9 der alleg. Verordnung die Losung ein, „sobald der vorige Inhaber die Erfüllung dieser Bedingnisse eben so gut aus der Hand des Losers, als aus der Hand des selbsterwählten Uebernehmers annehmen kann" namentlich die Zahlung des Kaufpreises, die in vorliegendem Fall allein bedungen war.

Bei diesem klar in die Augen fallenden Unterschiede wird die vorwürfige Rechtsfrage dahin beantwortet werden müssen:

daß zwar die Consolidirung durch Heimfall, keineswegs aber die durch freiwilligen Kauf bewerkstelligte Consolidirung des Obereigenthums mit dem bis dahin davon getrennten Nutzeigenthum, gegen die Losung schütze.

ad 5. In den Erbbestandsbriefen sind gewöhnlich folgende Bedingungen enthalten:

1) „Wird der Erbbeständer das Gut sogleich zu Handen nehmen, erbbeständlich inne haben, genießen und gebrauchen."

2) „Er kann dasselbe aber ohne Vorwissen und Genehmigung des Obereigenthumsherrn weder verkaufen, verpfänden, oder auf sonst eine Art veräußern, noch weniger vertheilen."

Offenbar bezieht sich dieß lediglich auf den Verkauf des Erbbestandsguts, keineswegs aber auf den Verkauf des Nutzeigenthums an demselben; denn es würde, wenn man das Verbot auch hierauf ausdehnen wollte, dieß denen im §. 595 des Landrechts „dem Nutznießer, welchem nach §. 577 a. c. ibid. der Nutzeigenthümer (Erbbeständer) gleich zu achten ist, gesicherten Rechten, die Nutzung oder das Nutzeigenthum an einen Andern zu verkaufen, zu verschenken oder zu verpachten" offenbar zu nahe treten. Es kann daher eine solche Ausdehnung denen in den Erbbestandsbriefen festgesetzten Bedingungen nicht beigelegt werden, und scheint eine solche auch nicht in der Absicht des Obereigenthumsherrn zu liegen. Denn durch die Veräußerung des Nutzeigenthums an und für sich disponirt der Nutzeigenthümer über etwas weiteres nicht, als über sein Eigenthum, es wird dadurch keineswegs in die Rechte des Obereigenthumsherrn, welche sich nur auf Grund und Boden erstrecken, eingegriffen, sobald der neue Erwerber die Erblehenspflichten erfüllen kann, mit andern Worten, wenn er erbbestandsfähig ist.

Wenn nun bei einer Losung der Loser in die Stelle des von dem Verkäufer selbst gewählten Käufers tritt, so wird es, um auch in dessen Rechte einzutreten, etwas Weiteres nicht bedürfen, als die Nachweisung, daß er im Stande sei, dem Obereigenthumsherrn gegenüber die Erblehenspflichten, dem Verkäufer gegenüber die Kaufbedingungen vollständig zu erfüllen, es wird einer deßfallsigen Genehmigung des Obereigenthumsherrn keineswegs bedürfen, und kann daher auch von einer Verweigerung derselben keine Rede seyn, den einzigen Fall ausgenommen, welchen der L. R. S. 1831 b. g. vorgesehen hat, „nämlich bei einem Erbbestand, der auf unbestimmte Zahl von Erben lautet, und auf dem Heimfall steht."

Doch abgesehen hievon, und angenommen, es wäre eine solche Genehmigung, Consens, zur Uebertragung des Nutzeigenthums an einen Dritten, wirklich erforderlich, so kann er, wenn er einmal, gleich viel ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt ist, und der Nutzeigenthümer hievon Gebrauch gemacht und einen rechtsgültigen Kauf abgeschlossen hat, sei dieß mit einem Fremden, oder mit dem Obereigenthumsherrn, unter keinerlei Vorwand wieder zurückgenommen werden; denn nach §. 14 der allegirten Verordnung „kann der Verkäufer von keinem einmal geschlossenen Kauf, wenn auch mit Bewilligung des Käufers, nach einmal vernommenem Losungsvorhaben wieder zurücktreten."

Wollte man es anders nehmen, so würde es der Willkühr der Obereigenthumsherrn anheimgestellt seyn, jede Losung zu verhindern, und so weit erstreckt sich ihre Befugniß nicht; denn es würde dadurch offenbar in fraudem legis gehandelt werden.

Der Einwand in vorliegendem Fall, „daß der Loser die Kaufbedingnisse nicht erfüllen, nämlich den Consens zum Verkauf an ihn nicht beibringen könne, indem er ihm versagt werden würde," ist vollends lächerlich.

1) Konnte bei dem Kauf die Beibringung des Consenses nicht bedungen werden, und wurde nicht bedungen, einmal weil er von dem Käufer factisch stillschweigend ertheilt wurde, zum andern aber auch dem Verkauf vorangehen mußte, im Fall er hiezu nothwendig war;

2) hat nicht der Käufer oder Loser zum Kauf, sondern

der Verkäufer zum Verkauf den nöthigen Consens beizubringen, und hat ihn factisch beigebracht, denn sonst hätte er nicht, am allerwenigsten mit seinem Obereigenthumsherrn selbst, contrahiren können.

3) Von einer Verweigerung des Consenses, dem Loser gegenüber, kann hienach vollends gar keine Rede seyn.

Die aufgestellte Rechtsfrage wird demnach dahin zu beantworten seyn:

daß es zur Veräußerung des Nutzeigenthums selbst nach den Erbbestandsbriefen keines Consenses des Obereigenthumsherrn bedarf, daß aber auch, wenn es eines solchen wirklich bedürfte, der einmal, gleich viel beim Verkauf an einen Fremden ausdrücklich, oder beim Verkauf an sich selbst stillschweigend ertheilte Consens, nach einmal vernommenem Losungsvorhaben, nicht wieder zurückgenommen werden kann.

ad 6. Die bestimmteste Auskunft hierüber ertheilt der §. 4 der schon so oft erwähnten Verordnung; es heißt dort ausdrücklich:

„Verbotene Losungen sind, sie mögen durch Gesetz, Vertrag oder Gewohnheit ursprünglich entstanden seyn, und werden anmit wissentlich und wohlbedächtlich aufgehoben, namentlich die Erbleih- oder Erbbestandslosung, die jeweils Lehenherren bei Veräußerungen in eine andere Hand sich noch anmaßen."

Kann nun aber der Lehensherr oder Obereigenthümer gegen den von dem Nutzeigenthümer selbst gewählten Käufer diese Losung nicht geltend machen, so kann er es auch eben so wenig gegen den Loser des Nutzeigenthums; denn dieser tritt kraft Gesetzes lediglich an die Stelle des Käufers, er übernimmt keine andern als die von dem Käufer bewilligten Verbindlichkeiten, er muß sich, wie der Käufer selbst, auf Verlangen darüber ausweisen, daß er, dem Obereigenthumsherrn gegenüber, die Erblehenspflichten, dem Verkäufer gegenüber, die in dem Kaufbrief enthaltenen Bedingungen zu erfüllen im Stande ist; etwas weiteres aber bedarf es durchaus nicht.

Auch diese Anordnung des früheren Gesetzes besteht nach dem Einführungsedict zum neuen Landrecht fortwährend, da dieses keine buchstäbliche Abänderung derselben enthält.

Die aufgestellte Rechtsfrage wird daher unbedingt dahin zu beantworten seyn:

daß dem Obereigenthumsherrn so wenig gegen den Käufer als gegen den Loser des Nutzeigenthums eine Erbbestandslosung zusteht, sobald sie ihre Erbbestandsfähigkeit nachzuweisen im Stande sind.

Heidelberg im September 1834.

Leonhard.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 4. October 1834.

I.

Anfrage.

Am 6. September 1833 ließ die Großh. Hofdomänenkammer die auf Durbacher Gemarkung belegenen Rebhöfe im Wiedergrün, nach vorgängiger Bekanntmachung, öffentlich zu Eigenthum versteigern. In den Steigerungsbedingnissen war die höhere Ratification ausdrücklich vorbehalten. Adlerwirth W. von Appenweier, welcher noch andere Grundstücke auf gedachter Markung besitzt und sich daher als Markgenosse betrachtet, behielt das Meistgebot mit 9000 fl. Einige Tage später bot Handelsmann B. von Offenburg 550 fl. nach, wodurch die Hofdomänenkammer veranlaßt ward, einen Commissär aus ihrer Mitte abzuordnen, um zwischen B. und W. wegen des Nachgebots zu unterhandeln. W. erklärte sich bereit, in das Nachgebot einzustehen, wogegen B. nichts zu erinnern fand. Die Folge dieser am 24. Septbr. v. J. gepflogenen Verhandlung war, daß durch Beschluß der Hofdomänenkammer vom 27. ejusd. die Versteigerung um die Summe von 9550 fl. auf W. genehmigt wurde.

Nachdem Bürgermeister R. zu Durbach den andern Tag von diesem Vorgang Kenntniß erlangt hatte, zeigte er alsbald gegen W. als Ausmärker die Marklosung an, indem er sich zur pünktlichen Erfüllung aller vom Käufer eingegangenen Verbindlichkeiten anheischig machte.

W. bestritt die Statthaftigkeit der Loosung einestheils, weil er als Markgenosse anzusehen und anderntheils, weil nach §. 10 der Loosungsordnung vom 3. Mai 1808, dann nach der Verordnung vom 4. Juli 1817 (Regbl. Nr. 17) in Verbindung mit L. R. S. 1701 a. c, gegen öffentliche Versteigerungen überhaupt und gegen solche, welche von Domanialverwaltungen oder andern staatswirthschaftlichen Behörden vorgenommen werden, insbesondere jede Gattung von Loosungsrecht ausgeschlossen sei.

R. hingegen berief sich auf den §. 2 des zweiten Constitutionsedicts von 1807, wornach W. als Ungenosse betrachtet werden müsse, und bezeichnete die Verhandlung vom 24. Sept. v. J., auf welche die Ratification erfolgt ist, als einen Handkauf, weßhalb auch nach L. R. S. 1701 a. c. der Losung um so gewisser Statt gegeben werden müsse, als er nur zu der Versteigerung und nicht auch zu der spätern Privatverhandlung geladen gewesen sei.

Dieses Vorbringen suchte W. damit zu widerlegen, daß die Verhandlung vom 24. Septbr. nur als eine Fortsetzung des Steigerungsactes vom 6. ejusd. zu betrachten und daß zu einer Beiladung des R. überall kein Grund vorgelegen sei, weil derselbe, obgleich bei der öffentlichen Versteigerung anwesend, gar nicht geboten habe. — Ungeachtet die Richtigkeit dieser letztern Anführung außer Zweifel steht, so wurde doch in den beiden vorderen Instanzen die Verhandlung vom 24. Septbr. als ein Handkauf angesehen, und die Marklosung für statthaft erklärt. Es fragt sich nun: ob W. in dritter Instanz, bei welcher dermalen die Sache zur Entscheidung vorliegt, ein günstigeres Urtheil mit Grund erwarten kann?

K.

Antwort. Man sollte dieß allerdings glauben, wenn man die Sache auf den richtigen Gesichtspunkt zurückführt, aus welchem sie bisher noch nicht erörtert worden zu seyn scheint.

Wenn man nämlich das hier in Frage stehende Rechtsgeschäft — mit einstweiliger Umgehung der Frage: ob es als eine Versteigerung oder als ein Handkauf anzusehen seyn dürfte — im Hinblick auf L. R. S. 1701 a. b. Abs. 1 für einen zugbaren Rechtstitel erkennt, so muß man zuvörderst ins Auge fassen, daß jeder Losungsberechtigte nach L. R. S. 1701 b. b. Abs. 3 zugleich einstandsberechtigt ist. Angenommen nun, R. sei losungsberechtigt gewesen, so war er eben deßhalb auch einstandsberechtigt, d. h. befugt, vor endlich abgeschlossenem Handel, mit Abtrieb des Steigerers W., in den Kauf einzustehen. R. hat aber der Versteigerung, wozu er geladen war, in Person beigewohnt, ohne ein Gebot zu thun, oder sein Einstandsrecht vor dem Zuschlag auf der Stelle geltend zu machen; ihm steht daher der §. 18 des Gesetzes vom 3. Mai 1808 (Regbl. Nr. XVI. S. 140) entgegen, worin es heißt:

„Wer ein Einstandsrecht hat, der muß zur Verkaufshandlung berufen werden, sonst verwandelt sich sein

Abtriebsrecht in eine völlige Losung. **Ist er beigegerufen, so muß er vor dem Abschluß, den er nicht aufhalten kann, einstehen, sonst ist sein Recht erloschen.“**

Dieses Gesetz besteht nach Absatz XVIII. des ersten Einführungsedicts vom 3. Febr. 1809 noch in Kraft und dient den in das Landrecht aufgenommenen Zusätzen als Erläuterung. Brauer Erl. Band III. S. 564. Bem. 79.

Eben dieser Schriftsteller hat unserer Frage im sechsten Bande, S. 459—462 eine besondere Abhandlung gewidmet und dort unter anderem sehr richtig bemerkt:

Wer still sitzt bis nach abgeschlossenen Unterhandlungen, schließt sich vom Einstandsrecht aus, weil später dasselbe nicht mehr Statt findet. L. R. S. 1108 b. — Die Losung soll Erhaltungsmittel für das Einstandsrecht seyn und das Einstandsrecht die Losung entbehrlich machen. Denn wer würde wohl der Thor seyn, in unabgeschlossene Unterhandlungen einzutreten, die noch aufgehoben oder höher getrieben werden können, wenn er noch in die abgeschlossenen eintreten dürfte!

Es ist mithin klar, daß R., nachdem er die ihm dargebotene Gelegenheit, das Einstandsrecht geltend zu machen, versäumt hat, nicht mehr losen darf. Nun ergiebt sich eben aus dem Umstande, daß mit der Beendigung des Steigerungsactes die Einstandsbefugniß und folglich auch das Losungsrecht eines jeden Durbachers erloschen war, — noch weiter, daß eine Beiladung des R. zu der Verhandlung über das Nachgebot gar nicht mehr nöthig scheinen konnte. Jedenfalls ist nicht einzusehen, wie aus der unterlassenen Beiladung des R., der bis dahin gar nicht als Interessent aufgetreten war, das einmal erloschene Einstands- und Losungsrecht für ihn wieder hätte aufleben sollen. Nur der Steigerer, aber kein Dritter, hatte nach L. R. S. 1701 bb. Abs. 4 das Recht, in das Nachgebot einzustehen; nur jener mußte also hierüber gehört werden.

Man merke auch wohl, daß nicht das **Nachgebot**, sondern die **Versteigerung** ratificirt worden ist; denn damit zerfällt aller Streit über die Frage: ob die Verhandlung vom 24. Septbr. ein Handkauf sei oder nicht? wiewohl es von selbst einleuchten muß, daß diese Verhandlung mit jener vom 6. Septbr. nur als **ein** Act zu betrachten ist, welcher nicht getrennt werden kann, da es absurd wäre, zu sagen, der fragliche Handel ist bis zu der Summe von 9000 fl. eine öffentliche Versteigerung und hinsichtlich des Nachgebots von 550 fl. ein Handkauf, mithin als solcher der Losung unterworfen; denn **theilweise** Losung findet nicht Statt. Die Verhandlung von 24. Septbr. bildet einen integrirenden Bestandtheil des vorausgegangenen Versteigerungsactes, welcher als das principale nach den in der Anfrage citirten Gesetzesstellen jede Losung um so gewisser ausschließt, als ja das Kaufobject in den Händen des Steigerers fortan verblieb und in keine anderen übergieng.

Wäre W. auf das Nachgebot des Handelsmanns B. nicht eingegangen und die Ratification auf diesen ertheilt worden, dann könnte man allenfalls zu der Behauptung sich versucht sehen, daß ein Handkauf, also ein zugbarer Rechtstitel vorliege und daß somit die Marklosung noch Statt finde. Im Zweifel müßte jedoch die Auslegung immerhin gegen die Losung geschehen, weil das Gesetz sie, als eine (unbillige, verbannungswürdige) Beschränkung des Verkehrs mit dem Grundeigenthum, nicht begünstigt, sondern strengstens beurtheilt wissen will.

Es steht demnach zu erwarten, daß in letzter Instanz reformatorisch erkannt werden wird.

Bayer.

II.

Hofgericht zu Rastadt.

Rechtsfall, Frohndgeldschuldigkeit, insbesondere die Passivlegitimation des Gemeindeverbandes zu der vom Fiscus dießfalls angestellten Klage betreffend.

Die Gemeinden Dorf Kehl und Sundheim waren seit langer Zeit ihrer damaligen Condominatherrschaft, später dem Großh. Badischen Domänenfiscus ein Geldsurrogat statt Leistung der Naturalfrohnden zu entrichten schuldig, jedoch seit dem Jahr 1815 damit im Rückstande geblieben, weil sie der Meinung waren, daß die Frohndgelder unter die alten aufgehobenen Abgaben zu zählen seien.

Da die außergerichtlichen Bemühungen der Domänenverwaltung Kork, die Gemeinden auf eine andere Ueberzeugung zu bringen, und insbesondere sie zur Ablösung der Frohndgeldabgabe nach dem bestehenden Gesetze zu bestimmen, erfolglos blieben, so betrat erstere im Jahr 1830 den Rechtsweg, und bat:

> die Gemeinden zur nachträglichen Ausstellung der Frohndregister von 1815 bis jetzt, so wie zum Einzug und Ablieferung des Frohndgeldes anzuhalten, wenn dieselben nicht die Zahlung einer zwanzigjährigen Durchschnittssumme von 570 fl. vorziehen sollten.

In der Beweiseinredeschrift vom 18. Febr. 1832 wurde noch die Rechtsbitte beigefügt:

> vom 1. Januar 1832 an die Gemeinden für verbunden zu erklären, jene Frohndgelder nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Decbr. 1831 abzulösen.

Das Bezirksamt Kork verurtheilte unterm 22. Febr. 1833 die Beklagten nach dem Inhalt dieses gedoppelten Antrages, wies jedoch den klagenden Fiscus mit denjenigen Jahres-

leistungen, welche älter als fünf Jahre waren (also von 1825 an rückwärts), aus dem Titel der Verjährung ab.

Beide Theile ergriffen hiergegen die Appellation.

Die Appellationsbeschwerden der Gemeinden beschränkten sich darauf,

> daß sie zur Zahlung der Frohndgelder von 1825 (soll heißen 1826 an) für schuldig erklärt, und die klagende Domänenverwaltung nicht mit ihrer Klage abgewiesen worden sei.

Erst in der öffentlichen Verhandlung wurde als auffallend an dem neuen klägerischen Gesuche der Punkt gerügt, daß die Gemeinden zur Ablösung schuldig erkannt werden möchten, während dieß doch eine Administrativsache sei.

Gegen die fiscalische Klage wurden folgende Einreden geltend gemacht:

1) Die Gemeinden Dorf Kehl und Sundheim seien die unrechten Beklagten: denn nicht von diesen solle das Frohndgeld entrichtet worden seyn, sondern von den einzelnen Einwohnern, nach den Rücksichten, ob sie Familienhäupter oder Wittwen sind, ob sie Vieh besitzen, welcherlei und wie viel;

2) der Fiscus befinde sich nicht nur außer dem Besitze des Bezugrechtes, sondern die Gemeinden seien sogar durch entgegengesetzten Widerspruch im qualificirten Besitze der Freiheit;

3) auf die Thatsache des Bezuges bis 1815 könne der Fiscus nur dadurch sich berufen, daß er behaupte, es habe diese Thatsache vom Jahr 1809 an rückwärts schon seit unfürdenklicher Zeit Statt gefunden;

4) selbst die Begründung der Klage durch die Thatsache jenes Bezuges angenommen, wäre es noch Sache des Fiscus, zu beweisen, daß die Frohndgelder Surrogate von Herrenfrohnden seien, da die Gemeinden seit 1815 jene Gelder aus dem Grunde, daß sie zu den alten aufgehobenen Abgaben gehörten, verweigert, und der Fiscus sich fünfzehn Jahre dabei beruhigt habe;

5) das Gesetz (L. R. Zus. 710 g. b.) dulde keine Wiederauflebung der außer Uebung gekommenen Grundpflichtigkeiten.

Da das Hofgericht nach Lage der Sache auf Beweis zu erkennen sich bewogen fand, so wurde zur Zeit weder die fiscalische Coappellation, noch die beim öffentlichen Verfahren gerügte Aenderung des Klagbegehrens in Rücksicht genommen. Die Entscheidungsgründe des Beweiserkenntnisses aber waren folgende:

Die Passivlegitimation der beklagten Gemeinden ergiebt sich durch nachstehende Betrachtung als begründet:

Die Frohndpflichten werden nach L. R. Zus. 710 g. g. zu den Grundpflichtigkeiten gezählt (wie der appellantische Anwalt selbst einräumt), zum Wesen der letztern gehört aber nach L. R. Zus. 710 g. a., daß der Berechtigte die betreffenden Leistungen oder Dienste an Jene, die innerhalb einer Orts- oder Gutsmarkung ansäßig sind, zu fordern hat; die Frohndpflichtigkeit erscheint sonach als passiver Ausfluß des Gemarkungsrechtes, welches nach seinem ganzen Umfang ein Eigenthum der Gemeinden, mithin als in den Gemeindeverband einschlägig zu rechnen ist. Zudem ist auch im gegebenen und in jedem ähnlichen Falle das Interesse der Gemeinde als solcher, ob nicht nur ihre gegenwärtigen, sondern auch alle ihre künftigen Mitglieder fürs Verflossene und alle Zukunft von einer bedeutenden Abgabe befreit, folglich auch zur Tragung der unmittelbaren Gemeindslasten um so mehr fähig seyn sollen, nicht zu verkennen: also hier ein natürliches Interesse, während man eine Streitgenossenschaft der dermaligen Zugviehbesitzer nur durch die Fiction einer Geschäftsführung als Vertreter der künftigen Frohndpflichtigen, die als solche weder die Erben noch Rechtsfolger von Jenen sind, denken könnte, wobei nicht zu übersehen ist, daß nur günstiger, nicht ungünstiger Erfolg des Geschäftsführers den Geschäftsherrn zur Anerkennung verpflichtet.

Der klagende Fiscus räumt ein, das Frohndgeld seit 1815 nicht mehr bezogen zu haben; eben so aber ist in erster Instanz unwidersprochen, daß es bis dahin ohne Widerrede bezahlt worden sei. Dieß Zugeständniß des Ortsvorstandes ist bindend: denn nach §. 3 des zweiten Constitutionsedictes vertrat zur Zeit jener Verhandlungen noch der Ortsvorstand die Gemeinde in Rechtssachen erster Instanz verfassungsmäßig, was durch die Organisation von 1809 nicht aufgehoben wurde, und erst durch die neue Gemeindeordnung eine andere Bestimmung erhielt.

Was das Klagfundament betrifft, so handelt es sich hier überall nicht von einer possessorischen, sondern von einer petitorischen Klage, nicht auf Wiedererlangung eines gestörten Besitzes, sondern auf Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit; diese aber hat klagender Fiscus vollständig durch das Zugeständniß des Ortsvorstandes erwiesen, und seine Klage ausreichend dadurch begründet, daß er den Abmangel einer Urkunde zwar zugesteht, sich aber auf ein erst im Jahr 1815 unterbrochenes Herkommen beruft, weil nach deutlicher Bestimmung des Gesetzes (5. Octbr. 1820 §. 17 Regbl. Nr. XV) in Ermangelung einer Urkunde das Herkommen einen gleich wirksamen Rechtstitel abgiebt. Zu Begründung eines Herkommens wird aber nicht ein unfürdenklicher Besitz, sondern nach L. R. Zus. 6 f. nur eine durch wenigstens zehn Jahre ununterbrochen geübte gleichförmige Handelsweise erfordert.

Den beklagten Gemeinden wird also der Beweis der (in erster Instanz vorgetragenen) Einreden obliegen:

a. daß sie zur Leistung der vorkommenden herrschaftlichen Frohnden angehalten wurden (daher nicht neben denselben noch die Abkaufssumme der Naturalleistung zu entrichten

verpflichtet werden könnten, diese Frohndgelder vielmehr als Surrogat für die herrschaftlichen Frohnden in die Kategorie der aufgehobenen Abgaben gehörten);

b. daß durch Staatsministerialrescript vom 24. April 1828 Nr. 599 genehmigt worden sei, daß auf das bisherige Frohndgeld von der Zeit an, da die letzte Zahlung davon geschehen ist, verzichtet werde, und nur noch die schuldigen Naturalfrohnden beibehalten werden sollen.

Was dagegen die Einrede der Erlöschung der Frohndberechtigung durch eine fünfzehnjährige Nichtausübung betrifft, so steht hier entgegen, daß zur Verjährung jeder Dienstbarkeit nach L. R. S. 706 dreißig Jahre erfordert werden.

In Erwägung nun:

daß das Gesetz vom 5. Octbr. 1820 über die Ablösung der Herrenfrohnden hier unstreitig maßgebend ist, nicht aber nach §. 16 dem klagenden Fiscus der Beweis des Umfanges seiner Rechte auferlegt werden kann, indem dieser die Bezugsberechtigung, wie sie bis 1815 bestanden, nachgewiesen hat, sondern vielmehr nach §. 21 aus dem Inhalt der über die Verwandlung der Frohnden in Geldabgaben seiner Zeit errichteten Urkunden dargethan werden müßte, daß die umgewandelten Frohnden ganz oder zum Theil in die Kathegorie der Staatsfrohnden gehört haben, welcher Beweis nicht dem Frohndberechtigten, sondern dem die Befreiung ansprechenden Frohndpflichtigen obliegt;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle keine Urkunde vorhanden, ein anderes Beweismittel aber nicht zulässig, vielmehr unter diesen Umständen nur der Beweis vorbehalten ist, daß die Frohndpflichtigen gegen die allgemeine Regel von Staatsfrohnden wirklich befreit waren (§. 21 des Gesetzes);

In Erwägung endlich, daß gegen die Behauptung, die höchste Staatsbehörde habe auf das verfallene Frohndgeld verzichtet, eingewendet worden ist, daß dieser Verzicht sich nicht auf alle Gemeinden des Amts Kork erstrecke, sondern auf jene, die zur ehemaligen Grafschaft Hanau-Lichtenberg gehört haben ausdrücklich beschränkt worden sei, daher es ebenfalls zur Begründung der Einreden gehört, die Ausdehnung des oben erwähnten Staatsministerialrescriptes auch auf die Gemeinden Kehl und Sundheim darzuthun;

wurde durch Zwischenurtheil den beklagten appellantischen Gemeinden der Beweis ihrer (oben unter a. und b. angeführten) Einreden, und der im §. 21 des Gesetzes vorbehaltenen Nachweisung auferlegt.

Thilo.

III.

Hofgericht der Seeprovinz.

Zur Erläuterung des §. 400 der Prozeßordnung.

A. kaufte von dem B. 189 Viertel Kernen um die Summe von 425 fl. Der von dem Verkäufer auf Bezahlung des Kaufpreises belangte Käufer gab den Kaufvertrag zu, stellte aber den Einwand entgegen, daß ihm wider seinen Willen von dem Kläger eine andere Frucht, als welche den Gegenstand des Kaufvertrages bildet, verabreicht worden sei. Es entstand nun die Frage, ob jener Einwand die Merkmale einer Einrede an sich trage, und somit die Beweislast den beklagten Käufer treffe, oder ob er bloß eine verneinende Einlassung auf die Klage enthalte? Der Anwalt des klagenden Verkäufers suchte das Erstere darzuthun, der Gerichtshof nahm das Letztere an. Folgende Gründe möchten für die Ansicht des Gerichtshofes sprechen. Zur Begründung der actio venditi gehört nach unserem Landrechte nicht nur die Einigung der contrahirenden Theile über Sache und Preis, sondern auch die Thatsache der durch den klagenden Verkäufer auf eine mit den Bestimmungen des Vertrages übereinstimmende Weise geschehenen Leistung des verkauften Objectes (L. R. S. 1184). Die Erklärung des belangten Käufers, daß jene Thatsache nicht eingetreten sei, erscheint somit nicht als eine neue, die Merkmale einer Einrede an sich tragende Behauptung, sondern als Widerspruch einer zum Klaggrund gehörenden Thatsache, welche der Kläger nach der Disposition des §. 400 der Prozeßordnung zu beweisen hat. Eine Aenderung in der Beweislast hat nicht Statt, wenn der beklagte Käufer zwar von Seite des klagenden Verkäufers eine Leistung zugiebt, jedoch mit beigefügter Beschränkung, daß dieselbe nicht mit den Bestimmungen des Vertrages übereinstimme. Denn eine mit diesen Bestimmungen nicht übereinstimmende Leistung steht der gänzlichen Nichterfüllung des Vertrages gleich — L. R. S. 1243 — und es enthält somit jene Beschränkung ein bloßes Abläugnen einer zum Klaggrunde gehörenden thatsächlichen Behauptung der Gegenpartei. Anders würde sich die Regulirung der Beweislast dann gestalten, wenn der jetzt als beklagter Theil auftretende Käufer den Umstand, daß ihm wider seinen Willen der Verkäufer ein anderes Object, als der Vertrag besagt, lieferte, und somit den Vertrag nicht erfüllte, als ein Mittel benutzt hätte, um die durch den L. R. S. 1184 gegebene Klage auf Auflösung des Vertrages anzustellen. Denn der gedachte Umstand würde hier den Grund der die Auflösung des Vertrags bezielenden Klage bilden, und mithin den Beweis nach der Vorschrift des allegirten §. 400 dem klagenden Käufer zur Last fallen.

Fischer.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 11. October 1834.

I.

Liegenschaftsersatzforderung einer Ehefrau.

Kirchenfabrik Riedheim gegen die G. Rathsche Gantmasse, insbesondere die Ehefrau Maria Fahr.

Maria Fahr von G. heirathete im Jahr 1797 den G. Rath in R., welcher im Jahr 1829 in Gant gerieth. Dabei forderte sie nun den Ersatz für die nach einem Theilzettel von 1794 ihr angefallenen Liegenschaften, die im Jahr 1797 (ob vor oder nach der Heirath, ward nicht gesagt) um 405 fl. verkauft worden seyn sollen.

Das B. Amt erkannte die Forderung liquid und setzte sie in der dritten Ordnung an die erste Stelle, wogegen die Kirchenfabrik R., deren Unterpfand dadurch erschöpft wurde, Beschwerde erhob.

Das Hofgericht hat sodann mit Stimmeneinhelligkeit die Forderung der Rathschen Ehefrau (so weit die Befriedigung der appellantischen Kirchenfabrik es erforderte) verworfen und zwar weil man

1) das wirkliche Beibringen nicht für erwiesen hielt und eine Ersatzforderung dafür

2) auch rechtlich nicht gegründet fand.

Zu 1. Der Theilzettel vom Jahre 1794, sagte man, beweise wohl, daß die Ehefrau im Jahre 1794 Liegenschaften geerbt habe, nicht aber auch, daß sie dieselben auch im Jahr 1797 noch gehabt und in die Ehe eingebracht habe. Aus dem früheren Besitz dürfe nicht auf den Zustand von 1797 geschlossen werden, da eine solche Präsumtion ohne gesetzliches Fundament wäre, und die Liquidantin in der Zwischenzeit von 1794 bis 1797 ihr Vermögen auch verbraucht oder verloren haben könnte, das wirkliche Einbringen in die Ehe aber allein eine Ersatzforderung möglicherweise begründen könnte.

Wäre übrigens völlig erwiesen, nicht nur daß die Liquidantin die in Frage stehenden Güter in die Ehe eingebracht habe, sondern auch, daß dieselben erst nach eingegangener Ehe und zwar um 405 fl. verkauft worden seien, so wäre

zu 2. die Ersatzforderung dennoch rechtlich nicht gegründet, weil der Verkauf der Güter schon vor dem 1. Januar 1812 geschah.

Da ein schriftlicher Ehevertrag weder bei Eingehung der Ehe abgefaßt, noch auch in den Jahren 1810—1812 nachträglich gefertigt wurde, so nahm man an, die Ehe müsse gemäß dem §. XII. 3 des ersten Einführungsedicts

„nach den neu eingeführten Regeln des Landrechts, mithin so beurtheilt und auseinander gesetzt werden, wie es bei Jenen (Eheleuten) zu geschehen habe, welche erst nach dem 1. Januar 1810 ohne Vertrag in die Ehe traten.“

Nach dem neuen Landrecht müssen nun zwar die Liegenschaften dem Ehetheil, der sie einbrachte, zurückgegeben, beziehungsweise die Kaufschillinge der veräußerten ersetzt werden, allein die Frage: ob ein liegenschaftliches Beibringen eines Ehetheils vorhanden sei? — dürfe in Folge der Erläuterung vom 26. Febr. 1812 (Regbl. Nr. X.) nicht nach dem Zeitpunkt der Eingehung der Ehe, sondern nur nach dem Zustand vom 1. Januar 1812, als dem Anfangsziel der neuen Gemeinschaftsart, beurtheilt werden.

Habe also ehemals allgemeine Gütergemeinschaft bestanden, so sei die, obgleich anfänglich einseitig eingebrachte, Liegenschaft am 1. Januar 1812 als Gemeinschaftsgut in die neue Ehe übergegangen und eben so sei da, wo ehemals eine Errungenschaftsgemeinschaft in der Art bestand, daß jeder Ehegatte sogleich zu einem Antheil Eigenthümer wurde, das vor 1812 errungene Gut als ein solchergestalt getheiltes Eigenthum in das neue Eheverhältniß übergegangen und behalte diese Eigenschaft auch hier bei, obgleich die unter dem neuen Gesetz erst errungenen Güter nach S. 1401 Abs. 3 in die Gemeinschaft fallen. M. s. Brauers Erläuterungen, sechster Band, Nr. 326, Seite 787 und 788.

Bei Fahrnissen aber komme, wenn man gleich die nämliche Regel anwende, dennoch ein anderes Resultat heraus und immer gehören dieselben zur Gemeinschaft, gleichviel ob sie nach dem alten Gesetz vor 1812 des einen oder andern Ehegatten alleiniges oder ihr gemeinschaftliches Eigenthum waren. Brauer a. a. O. Seite 793.

Die Liegenschaften bleiben nämlich nach S. 1404 das Eigenthum Desjenigen, der sie einbrachte, der also am 1. Januar 1812 davon Eigenthümer war, wogegen die Fahrnisse nach S. 1401 Abs. 1 bei Abgang eines Ehevertrags immer in die Gemeinschaft fallen, gleichviel wessen alleiniges Eigenthum sie am 1. Januar 1812, als bei Eingehung der neu gesetzlichen Gemeinschaftsart waren.

Nun sei, da die Güter der Liquidantin schon vor 1812 veräußert waren, ihre daraus hervorgegangene Ersatzforderung nach S. 529 nur als eine bewegliche Sache anzusehen, folglich am 1. Januar 1812 bei Eröffnung des neu gesetzlichen Gemeinschaftsverhältnisses in die Gütergemeinschaft übergegangen und eine Rückforderung erscheine jetzt, da von 1810—1812 kein Ehevertrag nachträglich gefertigt wurde, nicht mehr zuläßig. y.

II.

Hofgericht am See.

Wenn aus den Acten das Daseyn der Appellationssumme nicht erhellt, ist nach Maßgabe der Prozeßordnung §. 1214 die Vernehmung des appellantischen Anwaltes nothwendig?

In einem Rechtsstreite, der eine Grunddienstbarkeit betraf, war aus den Acten nicht zu ersehen, welchen Werth das herrschende oder dienende Gut hatte, also auch nicht, ob der Streitgegenstand nach der Prozeßordnung §. 1171 die Berufungssumme erreiche, und in der Beschwerdeschrift wurde dieser Punkt gänzlich mit Stillschweigen übergangen.

Es entstand hier die Frage, ob zur näheren Nachweisung der Appellationssumme, Prozeßordnung §. 1214, vorerst der Anwalt des Appellanten vorgeladen werden müsse?

Die Majorität entschied verneinend, und beschloß die Mittheilung an den Appellaten zur schriftlichen Vernehmlassung. Die Gründe bestanden darin: §. 1170 der Prozeßordnung, welcher bestimme, was die Beschwerdeschrift enthalten müsse, zähle zu diesem nothwendigen Inhalte nur die Nachweisung der geschehenen Beobachtung der Nothfristen, nicht aber die Nachweisung der Berufungssumme. Schon dieß zeige, daß alsdann, wenn das Daseyn der Appellationssumme zweifelhaft sei, der Richter nicht von Amtswegen Aufklärung zu fordern, sondern die Erklärung des Appellaten abzuwarten habe. Aber noch entscheidender seien die Worte des §. 1214 der Prozeßordnung, — hienach solle in der fraglichen Beziehung die Vorvernehmung nur veranstaltet werden; „wenn sich aus den Acten ergiebt, daß sich die Sache nicht zum höheren Rechtszug eignet." Dieß drücke nur den Fall des gewissen Mangels der Appellationssumme aus, woraus dann folge, daß bei der bloßen Ungewißheit über ihr Vorhandenseyn die Vorvernehmung nicht Statt haben solle, sondern die Einwendung des Appellaten abgewartet werden müsse.

Die Minorität bestritt diese Ansicht mit Folgendem:

1) Der §. 1170 steht in dem Titel, der von den Rechtsmitteln im Allgemeinen handelt, in welchem nur dasjenige, was allen Rechtsmitteln gemeinschaftlich ist, seine Bestimmung finden soll, wie die Motive zum Entwurfe der Prozeßordnung S. 112 ausdrücklich sagen. Da nun aber allein das Rechtsmittel der Appellation in der Regel an die Voraussetzung eines gewissen Werthes des Streitgegenstandes geknüpft ist, so konnte in dieser allgemeinen Bestimmung von der Nachweisung der Appellationssumme nicht die Rede seyn; sie gehört zu dem Erforderniß des besondern Rechtsmittels. Aus diesem Satze läßt sich also keineswegs folgern, daß in der Appellationsbeschwerde nicht eben so, wie die Rechtszeitigkeit, auch die Appellationssumme nachgewiesen, d. h. wenigstens behauptet werden müsse.

2) Vielmehr folgt daraus, daß die Prozeßordnung in §. 1172 die Statthaftigkeit der Appellation vor Allem von dem Daseyn einer Appellationssumme abhängig macht, und von dieser Grundbedingung in §. 1175 nur in bestimmten Fällen Ausnahmen gestattet, von selbst die Nothwendigkeit für den Appellanten, den Umstand zu behaupten, ohne welchen die Appellation nicht statthaft wäre, d. h. entweder zu zeigen, daß der Gegenstand der Beschwerden die erforderliche Summe erreiche, oder zu zeigen, daß einer der Ausnahmsfälle vorliege, wo es auf die Summe nicht ankomme.

3) Die Bestimmung einer Appellationssumme gehört zu denjenigen Prozeßförmlichkeiten, die im öffentlichen Interesse angeordnet sind; in Bezug auf diese gehört es zur Amtspflicht des Richters, darauf zu wachen, daß sie nicht mangeln; den Partien steht darüber kein Dispositionsrecht zu. Daß diese eine Sache, der die Berufungssumme mangelt, im Berufungswege selbst im Einverständnisse nicht vor das Obergericht bringen können, folgt schon daraus, daß §. 1175 diesen Fall nicht unter den Ausnahmsfällen erwähnt, und daß nach L. R. S. 1133 Verträge nichts bestimmen können, was einem gesetzlichen Verbot, oder der Staatsordnung zuwider ist. Es kann also mit Grund nicht behauptet werden, daß der Richter hier die Erklärung des Appellaten abwarten müsse, und daß er nicht von Amtswegen Aufklärung fordern dürfe *).

*) Es folgt dieß wohl auch aus der Analogie des §. 33 der Prozeßordnung, wornach ein Obergericht, auf welches prorogirt wurde, dieß nur alsdann anzunehmen schuldig ist, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Appellationssumme erreicht.

4) Vielmehr folgt daraus, daß die Prozeßordnung in §. 289, 364, 338 und 1155 dem Richter gestattet, unabhängig von den Anträgen der Parteien, also von Amtswegen, ein Fragrecht zur Aufklärung der die Streitfrage betreffenden Thatumstände auszuüben, durch den Schluß vom Kleineren aufs Größere, daß er das gleiche Recht haben müsse zur Aufklärung von Thatumständen, welche die im öffentlichen Interesse gebotenen wesentlichen Voraussetzungen des Verfahrens betreffen. Dieses Amtsrecht wird hier sogar zur Amtspflicht, wie in den Fällen der §§. 289 und 364, und die Bestimmung einer solchen Amtspflicht, zur Prüfung der formellen Zuläßigkeit und Zeitigkeit der Appellation, ist es, welche §. 1214 enthält; er soll hier, ohne Gehör des Appellaten, also zunächst nur im Interesse des Gesetzes, Aufklärung fordern und das Ungewisse entscheiden, ohne daß diese Entscheidung dem Appellaten seine Einwendungen in derselben Beziehung benimmt.

5) Bei dieser klaren Absicht des Gesetzes kann die Wortfassung des §. 1214 nicht entscheiden. Logische Auslegung ist ja auch gegen den Wortverstand des Gesetzes erlaubt, und wo die Absicht des Gesetzes klar ist, darf jedes Gesetz in Gemäßheit derselben ausgedehnt werden. Thibaut Pandectensystem, I. S. 49. L. R. S. 4 a. Von einer Auslegung gegen den Wortlaut handelt es sich hier nicht einmal, denn das Gesetz schließt den Fall der Ungewißheit der Appellationssumme nicht von seiner Bestimmung aus, es läßt ihn nur unerwähnt. Die Auslegung kann also ganz in Gemäßheit des L. R. S. 4 a. geschehen. Die Lücke scheint lediglich durch ein Redactionsversehen entstanden zu seyn, indem das „nicht" in den zweiten, statt in den ersten Satz gesetzt wurde; hieße es: „ergiebt sich nicht aus den Acten, daß sich die Sache zum höheren Rechtszuge eignet," so wäre der Zweifel beseitigt *). Daß die Absicht des Gesetzes diese und keine andere war, muß wohl deßhalb angenommen werden, weil es sonst gewiß die Ausnahme ausdrücklich und nicht auf dem unsicheren Wege der Schlußfolgerung bestimmt hätte; die deßwegen alle Sicherheit verlieren würde, weil sich kein Grund denken läßt, weßhalb die Vorvernehmung wegen unklarer Nachweisung der Rechtszeitigkeit geschehen soll, und nicht wegen unklarer Nachweisung der Appellationssumme, indem das eine wie das andere unter demselben Gesichtspunkte steht, nämlich als gesetzliche Bedingung der Statthaftigkeit der Appellation erscheint *).

Aschbach.

Ueberdieß müßte, wenn die Zuläßigkeit der Appellation von der Zustimmung des Appellaten abhängen könnte, die Beschwerdeschrift demselben auch da, wo es nach den Acten ganz sicher an der Appellationssumme fehlt, zur Vernehmlassung mitgetheilt werden, was doch mit dem §. 1214 direct im Widerspruche steht.
D. R.

*) In Abschnitt II. A. I. 1. a. der Abhandlung des M. R. Bekk über die Mündlichkeit und Schriftlichkeit der neuen Prozeßordnung, enthalten im Archiv für Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Baden, dritter Band, erstes Heft, wird der Sinn des §. 1214 ohne Anstand so verstanden.
A.

*) Bei dem Hofgerichte am Mittelrhein wurde stets, so lange Einsender dort war, nach der Ansicht der Minorität verfahren, und deßhalb nie ein Zweifel erregt.
A.

III.

Injuriengesetz. Die Vernehmung der Gegenpartei über die Recursbeschwerdeschrift betreffend.

Nach dem Gesetze vom 28. Decbr. 1831 wird eine Ehrenkränkung zunächst als Gegenstand des Privatinteresses der beleidigten Person angesehen. Der Staat leiht zur Verfolgung derselben seinen Arm nur in so weit, als er überhaupt verpflichtet ist, Privatrechte zu schützen und als es dem Staatszwecke widerstreiten würde, wenn der Verletzte in Ermanglung der Gelegenheit, in gesetzlicher Form Genugthuung zu erlangen, in die Nothwendigkeit versetzt werden sollte, Selbstrache zu üben.

Die Wahrheit dessen ergiebt sich daraus, daß nur dann eine Untersuchung eingeleitet werden darf, wenn Derjenige, welcher sich in einem einzelnen Falle für beleidigt hält, deßhalb Klage erhoben hat; daß die Untersuchung wieder abgebrochen wird, wenn der Kläger im Verlaufe derselben auf Verfolgung seines Rechts verzichtet, und daß der Kläger, selbst wenn er zu seinen Gunsten bereits ein Urtheil erlangt hat, den Vollzug der gegen den Beklagten erkannten Strafe ebenfalls mittelst Verzichts verhindern kann.

Berücksichtigend, daß dem Privatinteresse des sich beleidigt Glaubenden und Genugthuung Begehrenden ein anderes Privatinteresse, nämlich Desjenigen entgegengesetzt ist, welcher die Ehrenkränkung verübt haben soll, gestattet das Gesetz eine Compensation, wenigstens der Verbalinjurien; kann der Beweis der Wahrheit einer behaupteten, ehrenkränkenden Thatsache in manchen Fällen von der Strafe befreien; muß das zu ertheilende Erkenntniß entweder die Schuldigerklärung des Beklagten oder die Abweisung des Klägers aussprechen und ist endlich beiden Theilen ein Rechtsmittel des Recurses gestattet.

Wenn nun in einer Injuriensache von einer Partei gegen das Erkenntniß des urtheilenden Richters der Recurs ergriffen wird, so entsteht die Frage, ob alsdann die nicht recurirende Partei über die Recursschrift der Gegenpartei

vernommen werden dürfe. — Bei den Hofgerichten besteht hierüber eine sehr abweichende Praxis, indem in einem Hofgerichtsbezirk jene Vernehmlassung gewöhnlich und zwar durch den Unterrichter erhoben werden muß, in einem andern aber solche für ganz unzuläßig erachtet wird. — Dafür, daß die Erhebung einer solchen Erklärung wenigstens in dem Falle Statt finden sollte, wenn dem Oberrichter nach Einsicht der unterrichterlichen Acten und der Beschwerdeschrift die Abänderung des unterrichterlichen Urtheils nothwendig scheint, möchte sich Folgendes anführen lassen.

Wenn schon das gewöhnliche Strafverfahren auch in Injuriensachen der Regel nach einzutreten hat, so finden wir doch in obigen, aus unserem Injuriengesetze fließenden Normen so viele und wesentliche Modificationen des Strafprozesses, welche an das Civilverfahren und das Civilrecht erinnern und aus diesem auch wirklich entlehnt sind, daß man nicht bestreiten kann, daß unser Verfahren aus beiden Prozeßgattungen combinirt sei.

Sowohl in dem, die Regel bildenden Strafverfahren, als auch in dem Civilprozesse, welcher, wie bemerkt, als Quelle vieler sehr wesentlichen Vorschriften des Injuriengesetzes anzusehen ist, ist der Grundsatz ausgesprochen, daß ohne hinlängliche Gestattung rechtlichen Gehörs gegen Niemanden ein Erkenntniß gefällt werden kann.

In dem gewöhnlichen Strafprozesse, in welchem es keine Parteien giebt, der Angeschuldigte nur dem Richter gegenüber steht, der mit Unbefangenheit und von Amtswegen Alles erörtert, was die Schuld oder Unschuld des Inculpaten darthun könnte, in welchem auch außer dem Angeschuldigten Niemand das Recht hat, gegen ein gefälltes Erkenntniß zu recuriren und die Gerichtskosten entweder vom Angeschuldigten getragen werden müssen oder der Gerichtscasse zur Last fallen, ist jener Grundsatz nur in so weit anwendbar, als ohne eine gegen den Inculpaten speciell gerichtete Untersuchung kein Straferkenntniß erlassen werden darf.

Anders muß die Sache aber bei Injurien gestaltet seyn, weil bei diesen sich immer zwei Parteien mit verschiedenem Interesse entgegen stehen, jede derselben eine Abänderung des früheren Erkenntnisses begehren und jede in die Kosten verfällt werden kann.

Wenn in einer Injuriensache auf Einkunft der Recursbeschwerde der einen Partei und ohne Vernehmung des Gegentheils ein reformatorisches Urtheil erlassen wird, so wird dadurch immer Jemand verurtheilt, welchem die genügende Gelegenheit zu seiner Vertheidigung entgeht. Recurirt der Kläger, weil der Beklagte in keine Strafe verfällt wurde, und das Obergericht spricht die Strafe aus, so werden dem Beklagten diejenigen Vertheidigungsmittel abgeschnitten, welche er etwa dem in der Beschwerdeschrift enthaltenen Angriffe entgegenzusetzen im Stande gewesen wäre und es ist ihm gar kein Weg mehr übrig, solche auf andere Weise geltend zu machen, da ihm die Gesetze weder das Rechtsmittel der Restitution, noch einen Recurs in die dritte Instanz einräumen. Wird vom verurtheilten Beklagten recurirt und darauf dann die Klage abgewiesen, so entbehrt der Kläger mindestens diejenige Vertheidigung, welche ihm dadurch gestattet ist, daß er noch in zweiter Instanz neue Beweise beibringen dürfte. Er könnte auch, wenn ihm auf den Grund der nova erlaubt seyn sollte eine neue Klage zu erheben *), solche in der Regel schon um deßwillen nicht mehr anstellen, weil bis zur Entscheidung des ersten Prozesses in zweiter Instanz gewöhnlich die Verjährung längst eingetreten wäre. Er muß überdieß die Kosten, selbst die der zweiten Instanz, bezahlen, welche letztere er schon dadurch hätte von sich abwenden können, wenn er, der Sicherheit seines formellen Rechts (z. B. wegen Zweifels in die Vollständigkeit des Beweises) allenfalls nicht völlig vertrauend, bei der Recursanzeige auf seine Klage wieder verzichtet hätte.

Wollte man aber in einem solchen Falle, wie schon geschehen, den unterliegenden Theil, weil er über die Recursschrift nicht gehört wurde, nicht in die Kosten verfällen, mit welchem Rechte könnte man sie denn dem obsiegenden Gegentheile aufbürden?

Man setze den Fall, der in erster Instanz freigesprochene Beklagte wird in zweiter Instanz mit einem Verweise bestraft, der obsiegende Recurent aber aus dem angeführten Grunde zur Bezahlung der Kosten der zweiten Instanz verurtheilt, welche, einschließlich der Taxe für die Recursschrift, recht wohl 20 fl. betragen können. Würde der Kläger dadurch, seines Sieges ungeachtet, nicht auf eine völlig unverschuldete Art in seinem Vermögen beschädigt? Soll er nun, um vom Gegentheile, durch welchen (wegen der zugefügten Beleidigung) auch gedachter Schaden verursacht wurde, Ersatz zu erhalten, nochmals Kosten aufwenden und im Civilrechtswege eine Entschädigungsklage erheben? Würde auf diese Weise eine Sache nicht ganz zwecklos ins Weite gezogen und kann es nicht sogar Fälle geben, in denen der Civilrichter eine derartige Entschädigungsklage abweisen muß? Ja! Wenn der Kläger auch in diesem Civilprozesse obsiegen, der Beklagte aber wegen Vermögenslosigkeit außer Stand seyn sollte den Ersatz zu leisten, verliert dann der Kläger nicht schon seine Auslagen zur Betreibung der Ersatzklage und bleiben ihm nicht überdieß noch die hofgerichtlichen Kosten des Injurienprozesses zur Last, welche von ihm gar

*) Wie z. B. nach einer Klagfreierklärung im gewöhnlichen Strafverfahren auf nova eine neue Untersuchung eingeleitet werden darf.

nicht erhoben, sondern in Abgang geschrieben worden wären, wenn der Beklagte damals gehört und demnach, als unterliegender Theil, in die Kosten verurtheilt worden seyn würde!

Setzen wir den weitern Fall, daß der in erster Instanz verurtheilte Beklagte recurirt und in zweiter Instanz nun die Klage abgewiesen wird. Nehmen wir an, er sei vom Unterrichter in eine Geldstrafe von 1 fl. 30 kr. verfällt worden und soll nun, trotz seiner Schuldloserklärung in zweiter Instanz, die etwa 20 fl. betragenden Kosten dieser Instanz aus dem erwähnten Grunde bezahlen. — Was möchte dieser von einer Gerechtigkeitspflege denken, bei der die Lossprechung eines Angeschuldigten für diesen mit größerem pecuniären Nachtheile verknüpft ist, als seine Verurtheilung!

Zur Vertheidigung der Ansicht, daß die Vernehmung nicht Statt finden dürfe, beruft man sich hauptsächlich auf eine Staatsministerialentschließung vom 31. Juli 1833, nach welcher die Parteien in Injuriensachen dieselbe Stellung haben sollen, wie sie dem Denunncianten und Denunciaten im §. 8 des Strafedicts angewiesen wurde. Allein jene Entschließung des Großh. Staatsministeriums läßt sich vollkommen mit den oben aufgestellten Grundsätzen vereinigen.

Nach §. 8 des Strafedicts muß der Beschuldigte zu wiederholtenmalen von dem Stande der Untersuchung in Kenntniß gesetzt und zur Erklärung aufgefordert werden, was er noch weiter zur Rechtfertigung seiner Beschuldigung vorzubringen habe. Soll nun gleich die Vernehmung beider Theile, nach der ausdrücklichen Vorschrift jenes Gesetzes, nicht in ein Wechselverfahren, wie in Civilsachen, ausarten, so ist doch so viel gewiß, daß der Beschuldiger und der Beschuldigte mit ihren Beweisen und Gegenbeweisen so lange zu hören sind, bis die Sache in factischer Hinsicht so viel als möglich erschöpft ist.

Daß dem Beschuldiger das Recht zustehe, die Berufung zu ergreifen, wenn er mit dem auf die eingeleitete Untersuchung ergangenen Urtheile, so weit es den Strafpunkt betrifft, nicht zufrieden ist, besagt weder §. 8 des Strafedicts, noch ein späteres Gesetz; im Gegentheil schneidet §. 22 des Strafedicts ihm ein solches Recursrecht ausdrücklich ab und gestattet ihm nur dann, wenn er zugleich civilrechtliche Ansprüche in seiner Beschuldigung geltend zu machen suchte, ein Separaterkenntniß darüber zu verlangen und gegen dieses auch lediglich in dem Falle ein Rechtsmittel zu ergreifen, wenn die Appellationssumme vorhanden ist. Es konnte ihm das Recursrecht hinsichtlich des Strafpunkts consequenterweise um so weniger eingeräumt werden, als selbst dem Angeschuldigten, dessen Stellung doch immer die vortheilhaftere seyn muß, nur ein beschränktes Recht zur Ergreifung eines Rechtsmittels — wenn er nämlich seine völlige Schuld- oder Straflosigkeit darthun will — bewilligt wurde. (Strafedict §. 21 und die Erläuterungen hiezu.)

Hierin liegt aber ein sehr wesentlicher Unterschied zwischen dem gewöhnlichen Denunciationsprozesse und dem Injurienprozesse, da in letzterem beiden Parteien ganz allgemein das Recht zur Ergreifung des Recurses, ohne irgend eine Beschränkung, somit gegen jede Bestimmung des Urtheils und folgeweise auch wegen des allenfallsigen Strafmaßes gestattet ist. Dieser wesentliche Unterschied zwischen beiden Prozeßgattungen muß dann nothwendig auch eine Modification rücksichtlich der Verhandlung des Recurses und zwar in der Art mit sich bringen, daß die in §. 8 des Strafedicts enthaltenen Grundsätze auch in zweiter Instanz in Anwendung kommen. Ist dem Beschuldiger gestattet, den Recurs zu ergreifen, also einen neuen Angriff auf seinen Gegner zu formiren, so kann dem Angegriffenen ex favore defensionis die Abwendung desselben im Wege einer nochmaligen Vernehmlassung nicht abgeschnitten werden. Recurirt dagegen der verurtheilte Beschuldigte (der Beklagte), so macht der Beschuldiger (der Kläger) von der im §. 8 des Strafedicts ihm eingeräumten Befugniß Gebrauch und giebt dasjenige im Wege der Vernehmlassung an, was er nach dem durch die Beschwerdeschrift begründeten neuen Stand der Sache zur Rechtfertigung seiner Beschuldigung noch vorzutragen hat.

Wir können uns in dieser Beziehung auch noch auf die Autorität des obersten Gerichtshofs berufen, welcher nach Erlassung der hohen Staatsministerialentschließung vom 31. Juli v. J. deren Inhalt, so wie die Bestimmungen des §. 8 des Strafedicts ebenfalls mit der Vernehmung des Appellaten über die Recursbeschwerdeschrift vereinbarlich fand und deßhalb in einem Publicandum an die Anwälte aussprach: „daß in Fällen, in denen eine Vernehmlassung erforderlich scheine, vom Referenten darauf anzutragen sei.“ Jahrbücher neue Folge, Bd. I. Seite 258.

Diese Nothwendigkeit würde nun, wie sich aus den vorangeschickten Erörterungen ergiebt, überall vorhanden seyn, wenn ein in der frühern Instanz ergangenes Urtheil abgeändert werden will, damit nicht in diesem Falle gegen eine Partei ohne Gestattung rechtlichen Gehörs erkannt werde, während die Vernehmlassung ohne Nachtheil für den Appellaten unterbleiben kann, wenn die Berufung, schon nach Inhalt der untergerichtlichen Acten und der Beschwerdeschrift selbst, vom Collegium für unbegründet erachtet wird, in einem Falle der Art also der Appellat keiner weiteren Vertheidigung und besondern Wahrung seines Interesses bedarf.

Wollen wir uns noch auf Beispiele des bei ähnlichen Vergehen zu beobachtenden Verfahrens berufen, so finden wir, daß in den ebenfalls im Allgemeinen nach den Regeln

des Denunciationsprozesses zu behandelnden Untersuchungen wegen Uebertretung der Finanzgesetze, bei denen der Fiscus wegen des Ersatzes der defraudirten Abgabe dem Denunciaten gegenüber als Partei erscheint, in der Recursinstanz auch der nicht recurirende Theil über die Recursschrift gehört werden soll;

man sehe z. B. den oberhofgerichtlichen Plenarbeschluß vom 18. Januar 1815, Nr. 109.

und daß in manchen polizeilichen Strafsachen, bei denen nicht minder sehr häufig die Regeln des Beschuldigungsprozesses zur Anwendung kommen, nach §. 10 der Verordnung vom 14. März 1833, Regbl. Nr. XIII. eine Vernehmung des Gegentheils vor Entscheidung über den Recurs Statt finden kann.

Kirn.

IV.

Anfragen.

1) Sind die Bestimmungen des §. 1244 Abs. 1 und 2 auch auf den Fall anwendbar, wenn in einer Rechtssache bereits das Vollstreckungsverfahren eingeleitet, oder die Sache dazu wenigstens reif ist, der wegen Anordnung des Gerichtszugriffs oder Beschleunigung desselben angegangene Richter aber wiederholte Anrufen der Partei, zu deren Gunsten die Vollstreckung erfolgen soll, ohne gesetzlichen Grund unberücksichtigt läßt?

Da in dem Executionsverfahren in der Regel keine Verhandlungen zwischen den Parteien mehr gepflogen werden, so würde die Beantwortung obiger Frage lediglich davon abhängen, welcher Sinn dem in der allegirten Gesetzesstelle gebrauchten Ausdrucke „Entscheidung" unterstellt wird, versteht man unter diesem nur „Urtheile," so möchte die Frage negativ zu beantworten seyn, begreift man aber darunter richterliche Verfügungen jeder Art, was wohl das Richtigere seyn dürfte, so müßte eine affirmative Antwort ertheilt werden.

2) Bejahenden Falls: welche Form des Verfahrens ist dann zu beobachten und kann namentlich der Unterrichter, gegen den die Beschwerde erhoben wurde, wenn der Oberrichter dieselbe für begründet hält, auf Verlangen der Partei zur Bezahlung der Kosten der Beschwerdeführung verurtheilt werden?

Aus §. 1247 der Prozeßordnung geht hervor, daß der Unterrichter mit einem Berichte über die Beschwerde gehört werden soll, und aus §. 1249 ergiebt sich, daß der Oberrichter alsdann über die Beschwerde ein „Erkenntniß," d. h. eine bestimmte Entscheidung zu ertheilen hat, ob die Beschwerde gegründet sei oder nicht. Findet der Oberrichter nun auch die Beschwerde über die bisherige Verzögerung oder Verweigerung gegründet, so hat doch die Beschwerde führende Partei gewöhnlich keinen besondern Nutzen davon. Denn durch die Erhebung des Berichts und bis zur Entscheidung durch das Obergericht, vergeht wieder eine geraume Zeit, in der die Partei gewissermaßen rechtlos bleibt und für die durch die Schuld des Unterrichters veranlaßte bisherige Entbehrung dessen, was durch die Execution erlangt werden soll, findet sie oft auch bei der Gegenpartei keinen Ersatz. Soll erstere dann die Kosten ihrer Beschwerdeführung noch selbst tragen, so gesellt sich zu jenem in der Verzögerung der Sache beruhenden Nachtheile noch ein weiterer pecuniärer Verlust. Da der Richter, gegen den die Beschwerde erhoben wird, eine ähnliche Stellung, wie eine Partei hat, so könnten auf ihn dann auch der §. 168 der Prozeßordnung und die landrechtlichen Bestimmungen über die Verbindlichkeit zum Schadenersatz wegen Versehens angewendet werden.

X.

V.

Hofgericht am See.

Ist in Preßsachen und Ehrenkränkungssachen die gesetzliche Frist zur Rechtfertigung der Appellation eine Nothfrist?

In einer Injuriensache wurde gegen den amtlichen Bescheid zeitig die Appellation angezeigt und nach acht Tagen vom bestellten Anwalte beim Hofgerichte gebeten, vom Amte die Acten einzufordern, ihm die Einsicht zu gestatten und zur Rechtfertigung der Beschwerde eine Frist von acht Tagen zu bewilligen, da die gesetzliche Frist nicht mehr ausreiche.

Der §. 78 des Preßgesetzes bestimmt: „Die Appellation ist innerhalb einer Nothfrist von drei Tagen nach eröffnetem Urtheile schriftlich anzuzeigen und längstens innerhalb weiterer acht Tage zu rechtfertigen."

Nach der Instructivverordnung vom 7. Febr. 1832 zum Vollzug des Ehrenkränkungsgesetzes §. 3 soll in Injuriensachen die Berufung denselben Förmlichkeiten unterliegen, welche die §§. 78—80 des Preßgesetzes vorschreiben, also namentlich auch den im §. 78 angeordneten Fristen.

Es entstand nun die Frage, ob die weitere achttägige Frist zur Rechtfertigung eine Nothfrist sei, weil im Bejahungsfall nach §. 243—245 der Prozeßordnung dem Gesuch um Fristerstreckung nicht willfahrt werden könnte.

Die Majorität sah diese Frist nicht als Nothfrist an und entsprach dem Fristgesuche. Die Gründe waren: das Gesetz nenne nur die dreitägige Frist zur Berufungsanzeige Nothfrist, nicht aber die Frist zur Rechtfertigung,

diese werde nur mit den Worten: weitere acht Tage bezeichnet; ja, in §. 79 werde die dreitägige Anzeigefrist allein die Nothfrist genannt im Gegensatz der Rechtfertigungsfrist, die man wieder nur mit dem einfachen Ausdrucke: „die acht Tage" bezeichnet finde. Eine Nothfrist, da sie etwas Außerordentliches sei, könne nur da angenommen werden, wo das Gesetz es wörtlich bestimme.

Die Minorität hielt dagegen auch die Rechtfertigungsfrist für eine Nothfrist, die Gründe, welche für diese Ansicht sprechen, sind folgende:

1) Nicht das Wort ist es, was einer gesetzlichen Frist für eine Prozeßhandlung den Character einer Nothfrist, eines fatale, giebt, sondern das Daseyn derjenigen Voraussetzungen, bei welchen eine im Gesetz angeordnete Frist unter den Begriff einer Nothfrist fällt, welchen Begriff kein Gesetz, sondern nur die Wissenschaft bestimmt. Weder im römischen Rechte, Nov. 23 c. 1, noch in unserer alten Obergerichtsordnung §. 121 wird das Decendium eine Nothfrist genannt, und doch ist es unbezweifelt eine solche. Unter Nothfristen (fatalia) versteht die Wissenschaft diejenigen vom Gesetz im öffentlichen Interesse zur Beschleunigung gewisser Prozeßhandlungen, zumal bei Einführung der Rechtsmittel, bestimmten Fristen, die mit dem Daseyn einer gewissen Thatsache zu laufen beginnen, und sich endن, ohne daß es eines Antrages oder richterlichen Ausspruchs bedarf. Auch unsere neue Prozeßordnung enthält keine Bestimmung, was eine Nothfrist sei, sie überläßt die Begriffsbestimmung der Wissenschaft.

2) Die in dem §. 78 des Preßgesetzes bezeichnete Rechtfertigungsfrist von weiteren acht Tagen, oder im Ganzen von eilf Tagen, soll mit der Thatsache des eröffneten Urtheils in Lauf treten, und der Ausdruck: „längstens innerhalb weiteren acht Tagen" zeigt, daß ihr Ablauf mit dem letzten Momente kraft Gesetzes eintreten soll. Es findet sich mithin alles, was zu einer Nothfrist gehört.

3) Daß es aber auch in der Absicht der Gesetzgebung lag, hier eine Nothfrist zu bestimmen, ist wohl nicht zu verkennen. Das Rechtsmittel in Preßsachen wird Appellation genannt, bei der Appellation ist aber sowohl nach der frühern Obergerichtsordnung, als nach der neuen Prozeßordnung die Rechtfertigungsfrist ein fatale, eine Nothfrist; warum sollte es hier anders seyn, wo die größte Abkürzung der Fristen zeigt, daß das Gesetz beabsichtigte, es mit der Abkürzung dieser Art Prozesse noch strenger zu nehmen!

Die landständischen Verhandlungen über das Preßgesetz zeigen auch bestimmt, daß bei der Abfassung des Gesetzes die fragliche achttägige Frist als Nothfrist angesehen wurde. Der Commissionsbericht der zweiten Kammer (Beilagenheft 13, Seite 65) sagt nämlich zu §. 83 des Regierungsentwurfes, mit dem §. 78 des Preßgesetzes in der fraglichen Beziehung gleichlautend:

„Gegen die in §. 83 des Entwurfes festgesetzten kurzen Nothfristen ist nichts zu erinnern; sie sind dem öffentlichen mündlichen Verfahren angemessen."

Dagegen wurde nun in der Discussion von keiner Seite etwas erinnert, diese Erklärung also von der Kammer und der Regierung zugestanden.

4) Bei einer so klar hervortretenden Absicht des Gesetzgebers muß der beschränktere Wortsinn einer ausdehnenden Auslegung weichen. Das dreitägige fatale interpositionis ist, wegen seines Einflusses auf Vollstreckung und Wiederherstellung, die wichtigste Nothfrist, und dieß macht es erklärlich, daß §. 79 in Bezug auf den Urtheilsvollzug es vorzugsweise Nothfrist nannte. Es ist ein Redactionsversehen, woraus nichts gefolgert werden kann.

Aschbach.

VI.

Hofgericht am See.

Ueber die Folge der unrichtigen richterlichen Belehrung über das zustehende Rechtsmittel.

Die Prozeßordnung im §. 386 sagt: „Zugleich mit der Verkündung des Urtheils ist den Parteien oder ihren Vertretern, wenn sie nicht Rechtsgelehrte sind, eine gedruckte Belehrung über das zustehende Rechtsmittel einzuhändigen. Die etwa unterbliebene Befolgung dieser Vorschrift in einem einzelnen Falle ist jedoch kein hinlänglicher Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumen der Nothfrist."

In einem zum abgekürzten Verfahren geeigneten Falle hatte nun der Richter irrigerweise den Streittheilen die ordentliche Berufung erklärt, statt der mit abgekürzten Nothfristen. Die Folge davon war, daß der Appellant die Berufung erst am vierzehnten Tage nach der Urtheilseröffnung anzeigte, und die Beschwerdeschrift erst am zwei und vierzigsten Tage einbrachte, womit er nun zwar beide Nothfristen der ordentlichen Berufung innegehalten, jene der abgekürzten Berufung aber beide versäumt hatte, ohne eine Restitutionsbitte zu stellen.

Es entstand nun die Frage, ob nach §. 1205 der Prozeßordnung die Berufung wegen mangelnder Rechtszeitigkeit verworfen werden könne, oder ob sie wegen der Erfüllung der richterlich erklärten Formen als rechtszeitig angenommen werden müsse?

Der Gerichtshof erklärte sich für letzteres aus folgenden Gründen:

Die Absicht des Gesetzes geht offenbar dahin, den Par-

teien auf kürzestem Wege die möglichste Gewißheit des Rechts in der fraglichen Beziehung zu geben, wohl gerade aus dem **Grunde**, weil bei der Verschiedenheit der Nothfristen für die ordentliche und für die summarische Berufung die Anwendung des Gesetzes auf den einzelnen Fall oft nicht so leicht ist.

Der Fall, wenn diese richterliche Belehrung ganz unterbleibt, ist nun ganz verschieden von dem, wo sie irrig das **nicht zustehende** Rechtsmittel als **zuständig** bezeichnet, und somit die Parteien zu einem Rechtsirrthume verleitet. **Dort** sind diese **veranlaßt**, ihre Belehrung in dem Gesetze selbst zu suchen, **hier** sind sie veranlaßt, die richterliche Belehrung als eine specielle Verkündung des Gesetzes anzusehen, und folgeweise befugt, sich danach zu achten, ja selbst entschuldigt, wenn sie eine selbsteigene Prüfung der Gesetze unterlassen.

Wegen dieser Ungleichheit des Verhältnisses läßt also der Schlußsatz des §. 386 keine analoge Anwendung auf den Fall der irrigen Belehrung zu.

Vielmehr kann da so lange von keiner **Versäumniß** die Rede seyn, als in **Gemäßheit** der richterlichen Bestimmung, welche die specielle Verkündung des Gesetzes mit Erklärung seiner Anwendbarkeit auf diesen Fall zum Gegenstande hat, gehandelt wurde. Das Versehen trifft hier lediglich den Richter, dem die Parteien nach dem Gesetze vertrauen dürfen, ihnen kann daher dieß Versehen nicht zum Nachtheil gereichen, nach dem Prinzip: aliena culpa nemini debet esse damnosa. Ueberhaupt können den, dem keine Versäumniß zur Last liegt, auch die Nachtheile der Versäumniß nicht treffen.

In solchen Fällen beschränkt sich die Amtspflicht des Obergerichtes, das durch richterlichen Irrthum aus den Formen gebrachte Verfahren für die Zukunft da, wo es noch möglich ist, wieder in die gesetzlichen Schranken zu führen und so die gestörte Ordnung herzustellen.

Aschbach.

VII.

Rechtsfall.

In W. besitzt die Standesherrschaft Fürstenberg den größten Theil des Zehnts und einen andern Theil davon, nämlich ⁵⁄₁₆, hat der Freiherr Hon. von H. als Grundherr zu B. inne

In den Jahren 1800—1805 sollen an der Kirche zu W. verschiedene Baureparationen nothwendig geworden seyn, welche das fürstlich fürstenbergische Rentamt E. im Betrage von 512 fl. vorschußweise bezahlt haben will.

Im Jahr 1828 klagte nun das letztere gegen den Freiherrn H. von H. auf Erstattung der auf ihn fallenden ⁵⁄₁₆ jenes Betrags.

Der Beklagte schützte die except. def. leg. ad causam pass. vor und bestritt sowohl die Nothwendigkeit als die wirklich geleistete Zahlung der Baukosten.

Der über letzteres versuchte Beweis kann hier umgangen werden, da man schon wegen mangelnder leg. ad causam psss. die Klage verwarf.

Der Beklagte war nämlich in den Jahren 1800—1805 noch nicht Zehntherr zu W., sondern erhielt erst im Jahr 1806 die Grundherrschaft B. mit dem dazu gehörigen Zehnten in W. und zwar nur durch **Lehenfolge**, indem ihm die Allodialerbschaft des vorigen Besitzers August von H. nicht zukam.

Man nahm nun an, daß zwar die Last des Beitrags zu Kirchenbaubedürfnissen nach Satz 710 d. c., so wie nach dem Edict vom 26. April 1808 als **dinglich** auf dem Zehntrecht hafte, daß aber einzelne Kosten, die schon früher aufgewendet wurden, keineswegs die nämliche Eigenschaft eines dinglichen Rechtes gegen den jeweiligen Besitzer haben, so wie auch das ebenfalls auf dem Gut haftende Giltrecht für schon **früher verfallene** Beträge nach S. 710 f. h. nicht gegen den dritten Besitzer geltend gemacht werden könne.

Die Last des Beitrags sei in so weit dinglich, daß jeder Nachfolger im Zehnten die jeweils wieder nöthig werdenden Kosten zu bestreiten habe, die einmal entstandenen Kosten seien aber nur von Demjenigen zu zahlen, der zur Zeit des Baues, durch den die Kosten veranlaßt wurden, Zehntherr war, und wenn Derjenige, der sie im Rückstand lasse oder vorschieße, dafür auch an den dritten Besitzer sich noch halten wollte, so müßte er sich für diese Forderung ein Unterpfandsrecht auf den Zehnten verschaffen.

Darnach, sagte man, könne die mit keinem Pfandrecht gedeckte von den Jahren 1800—1805 herrührende Kostenersatzforderung nur als ein persönlicher Anspruch gegen den damaligen Zehntinhaber August von H., nun dessen Allodialerben, gelten, keineswegs aber gegen den ohne Haftung für des Letztern Schulden bloß durch Lehenfolge in den Besitz des Zehntens gekommenen Beklagten Hon. von H. verfolgt werden.

y.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 18. October 1834.

I.

Hofgericht am See.

Wenn ein Anwalt kurz vor der angeordneten Tagfahrt die Vollmacht aufkündet, kann die Tagfahrt dennoch vor sich gehen und gegen die unvertretene Partei erkannt werden?

Am Tage vor der zur Appellationsverhandlung angeordneten Tagfahrt hatte der Anwalt des Appellanten die Anwaltschaft gerichtlich aufgekündet; dem entfernten Appellanten konnte diese Aufkündigung nicht mehr behändigt werden; es entstand nun die Frage, ob die angeordnete Tagfahrt dennoch vor sich gehen, und, wenn der appellatische Anwalt es verlange, der Appellant mit seiner Rechtsausführung ausgeschlossen und gegen die nicht vertretene Partei Erkenntniß gegeben werden könne?

Die Majorität bejahte dieß und hienach wurde verfahren und erkannt. Diese Ansicht beruhte auf folgenden Gründen: Die Prozeßordnung bestimme in §. 144 ausdrücklich:

„die Aufkündung von Seiten des Gewalthabers muß immer gerichtlich, und so frühzeitig geschehen, daß der Fortgang der Sache dadurch nicht aufgehalten wird.“

Eine Aufkündigung, welche der Anwalt erst nach Anordnung der Tagfahrt einreiche, würde den Fortgang der Sache hemmen, sofern die Einreichung so spät geschehen sei, daß die Tagfahrt wieder abbestellt werden müßte. Sie erscheine also als verspätet: eine verspätete sei für keine zu achten, und die vom Gesetz ausgedrückte Folge dieser Verspätung bestehe darin, daß der Fortgang der Sache nicht aufgehalten werden dürfe, wonach also auf Begehren des andern Theils die angeordnete Tagfahrt abgehalten und erkannt werden müsse. Freilich liege in einer solchen Verspätung eine Verschuldung des Anwaltes, allein Verschuldungen dieser Art seien für jede Partei voraussehbar, und ihr auch nicht absolut nachtheilig, da ihr die Prozeßordnung §. 156 erlaube, dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen; die Gegenpartei könne aber darunter nicht leiden. Nur wenn der aufkündende Anwalt ausdrücklich um Verlegung der Tagfahrt bitte, könne das Gericht nach den Umständen die Verlegung beschließen; von Amtswegen dieß zu thun, wegen der bloßen Thatsache der Aufkündigung, stehe ihm nicht zu. Wenn auch aus der Aufkündigung der weitere Umstand folge, daß die eine Partei vor Gericht nicht mehr vertreten sei, so ändere dieß den Standpunkt des Richters nicht; — die Absicht des Gesetzes gehe hier zu allernächst dahin, daß der Fortgang des Rechtsstreites nicht aufgehalten werde; die Beschleunigung des Prozesses müsse daher für den Richter wichtiger seyn, als die Sorge für die vollständige Vertretung einer Partei.

Die Minorität (eine Stimme) entgegnete mit folgenden Gründen:

1) Zu den wesentlichen Voraussetzungen eines gültigen Rechtsverfahrens gehört, daß jeder Theil in den Stand gesetzt werde, sich gegen die Angriffe des Gegners zu vertheidigen, sei es nun in Person oder durch einen Stellvertreter. Ein Verstoß gegen dieses Grundprincip des Prozeßrechtes bewirkt eine Nichtigkeit, wie das Nichtigkeitsedict von 1804 in §. 7—11 ausdrücklich bemerkt und macht nun die Appellation ohne Rücksicht auf das Daseyn der Appellationssumme statthaft; Prozeßordnung §. 1175, von Weilers Motive S. 114. Vernunftgemäß muß die Absicht des Gesetzes zunächst dahin gehen, daß für die wesentlichen Erfordernisse eines rechtsgültigen Verfahrens vor Allem und zwar von Amtswegen gesorgt werde. Die Absicht, die Erledigung der Prozesse zu beschleunigen, kann nur dieser untergeordnet seyn, und kann also nie in der Ausdehnung verstanden werden, daß die richterliche Sorge für den Fortgang des Prozesses mit Hintansetzung des rechtlichen Gehörs einer Partei ausgeübt werde. Daß in diesem Geiste die neue Prozeßordnung verfügt, findet sich in den durch v. Weiler herausgegebenen Motiven Seite 18 ausdrücklich bemerkt, und beweisen vorzüglich die Bestimmungen von den Versäumungserkenntnissen; ohne vorhergegangene richterliche Androhung des Rechtsnachtheils der Ver-

säumnisse *) kann der Eintritt desselben nicht erkannt werden, und selbst nach dem erfolgten Erkenntniß hat die betroffene Partei noch eine Frist, das Versäumte nachzuholen **). Dieß wäre unerklärlich, wenn die Rücksicht auf vollständige Rechtserörterung die Rücksicht auf Prozeßbeschleunigung nicht sehr überwogen hätte.

2) Die Prozeßordnung in §. 144 enthält nun keineswegs den bestimmten Ausspruch, daß eine verspätete Aufkündigung der Anwaltschaft für keine zu achten sei, und noch weniger die Erklärung, daß die Aufkündigung zwar gelten, aber nun der Vollmachtgeber des Rechts der Selbstvertheidigung oder Aufstellung eines neuen Anwaltes verlustig seyn soll ***). Aus der einfachen und alleinigen Bestimmung, wie frühzeitig die Aufkündung geschehen solle, lassen sich solche Folgen noch nicht begründen, so lange noch eine andere allgemeine gesetzliche Folge aller Pflichtversäumniß vorhanden ist, nämlich die Verbindlichkeit, den hiedurch verursachten Schaden dem Beschädigten zu vergüten. Wendet man sich nun nach Maßgabe des L. R. S. 4 a. zur logischen Auslegung, so führt dieß zu keinem andern Erfolg. Der erkenntbare Grund und Zweck des Gesetzes ist die Sorge für einen schleunigen Prozeßgang, allein diese muß nach Obigem der Sorge für rechtliches Gehör untergeordnet seyn, und eine Abweichung von diesem allgemeinen Grundgesetze läßt sich aus der Bestimmung selbst nicht erkennen. Vielmehr sprechen die verwandten Bestimmungen der Prozeßordnung in §. 231—240 über Fristerstreckung und Tagfahrtsverlegung für das Gegentheil. Hienach darf der Richter aus hinlänglichen Ursachen, auf alleiniges Begehren des ansuchenden Theils auf dessen Kosten zweimal die Frist erstrecken und die Tagfahrt verlegen *); gewiß ein klarer Beweis, wie hoch das Interesse einer gründlichen Vertheidigung über das Interesse der Prozeßbeschleunigung gestellt ist. Diese Verlängerung soll wegen Verhinderung des Anwaltes, jedoch nur einmal und auf dessen Kosten, bewilligt werden (§. 236). Auch hier kam dem Gesetze der Fall vor Augen, wo die Gesuche um Tagfahrtsverlegung so spät einkommen, daß dem Gegentheil die Verlegung nicht mehr eröffnet, und damit ihm Zeit und Aufwand erspart werden kann. Demungeachtet verfügte es nicht zu Gunsten der Beschleunigung und auf Kosten des rechtlichen Gehörs, daß in diesem Falle die Bitte um Tagfahrtsverlegung nicht berücksichtigt werden solle; nein, es beschränkte sich, im §. 240 als gesetzliche Folge der Verspätung die allgemeine Entschädigungspflicht aus Versehen dahin auszusprechen:

„daß im Falle dieser Verspätung die Kosten der vereitelten Tagfahrt der nachsuchenden Partei zur Last fallen,"

welche Kostenerstattung natürlich nach §. 236 dem Anwalte obliegt, wenn die Verlegung wegen dessen Verhinderung gesucht und bewilligt ward. Hier findet sich doch offenbar die vollkommenste Rechtsähnlichkeit für den Fall der verspäteten Anwaltschaftsaufkündung. Hier wie dort beruht die Verspätung auf dem Versehen des Anwaltes; Anwaltschaftsaufkündung erscheint doch gewiß als die hinlänglichste Ursache zur Verlegung der Tagfahrt, weil hiemit die betreffende Partei nicht mehr vertreten ist, und weil ihr ohne Kenntniß dieser Aenderung die Möglichkeit fehlt, sich zu vertheidigen. Es scheint nur übersehen, daß dem §. 144 nicht dasselbe Präjudiz, wie dem §. 240 beigefügt wurde **).

---

*) In dem vorliegenden Falle ist eine solche richterliche Androhung des Rechtsnachtheils bei der Vorladung des Anwalts zur Tagfahrt ohne Zweifel vorausgegangen, und gegen die Partei wirksam, weil der Anwalt zur Zeit der Vorladung noch die Vollmacht hatte. Daß aber da, wo der Anwalt die Vollmacht erst später wieder zurückgiebt, eine neuerliche Androhung an die Partei selbst zu geschehen habe, ist nirgends gesagt. D. R.

**) Diese Wiederherstellungsfrist müßte der Partei, wenn ihr als Folge der Versäumung durch Mangel der Vertretung etwas aberkannt werden könnte, auch im vorliegenden Falle zu Statten kommen. D. R.

***) Dieß ist allerdings nirgends gesagt. Der Partei bleibt das Recht der Selbstvertheidigung oder der Aufstellung eines neuen Anwalts; aber dieses Recht kann, wenn durch die verspätete Aufkündung des ersten Anwalts inzwischen, ehe die Partei jenes Recht ausüben konnte, etwas versäumt wurde, durch den Gang des Prozesses später unfruchtbar werden, so weit nicht neue Schritte im Wege der Wiederherstellung noch möglich sind. D. R.

*) Dieses Recht wäre dem Richter auch im vorliegenden Falle zugestanden, wenn der Anwalt bei Aufkündung der Anwaltschaft für die Partei noch um eine Verlegung der Tagfahrt nachgesucht hätte. D. R.

**) Zwischen dem vorliegenden Falle und dem Falle des §. 240 ist der große Unterschied, daß hier um keine Frist nachgesucht wurde, während der §. 240 von dem Falle eines Fristgesuches spricht.

Ueberdieß bezieht sich der zweite Absatz des §. 240 offenbar nur auf den Fall, daß das Fristgesuch nach den §§. 231—237 gesetzlich begründet und nur zu spät angebracht sei, also bewilligt werden muß. In diesem Falle besteht der Rechtsnachtheil bloß in Zuweisung der Kosten, wogegen da, wo die Fristbitte als ungegründet verworfen wird, der in der Hauptsache selbst angedrohte Rechtsnachtheil eintritt. Um so mehr muß der letztere also eintreten, wenn um gar keine Verlegung oder Erstreckung gebeten ist. D. R.

3) Der Umstand, daß bei einer verspäteten Anwaltschaftsaufkündung nicht zugleich die Bitte um Verlegung der Tagfahrt gestellt worden ist, kann durchaus nicht die Folge begründen, die man daraus gezogen hat. Was der Richter auf die empfangene Aufkündung einer Anwaltschaft zu thun hat, sagt zwar unsere Prozeßordnung im Allgemeinen nirgends; allein unzweifelhaft tritt damit die Sache in den Stand zurück, worin der betreffenden Partei die Wahl eines Vertreters noch offen stand. Daraus und aus der ganz verwandten Bestimmung des §. 165 der Prozeßordnung folgt, daß der Richter sie von der Aufkündung in Kenntniß setzen, und ihr zur Bestellung eines neuen Anwaltes eine Frist bestimmen muß mit Androhung des geeigneten Rechtsnachtheils. Die Erledigung dieses Zwischenpunktes führt von selbst zu der Nothwendigkeit, einstweilen das Hauptverfahren ruhen zu lassen, also die bereits hiefür angeordnete Tagfahrt, wenn sie zu nahe ist, aufzuheben *); hiezu bedarf der Richter keines besonderes Gesuches; er darf und muß es von Amtswegen gerade so, als wenn z. B. die Acten sich verschoben hätten, oder sich entdeckt hätte, daß die Vollmacht des Anwaltes noch nicht in der Ordnung sei. Ueberhaupt darf, ja muß, der Richter da, wo er Mängel an den wesentlichen Voraussetzungen eines rechtsgültigen Verfahrens findet, von Amtswegen die Heilung suchen, Prozeßordnung §. 91, 134. Die Anberaumung einer Tagfahrt giebt keinem Theile ein erworbenes Recht auf sie; kann dieselbe im Privatinteresse der einen oder andern Partei verlegt werden, so muß dieß auch im öffentlichen Interesse der Rechtspflege von Amtswegen geschehen können, wenn Anstände obwalten, vor deren Beseitigung rechtlich nicht verfahren werden kann.

*) Würde man einem solchen Zwischenverfahren, wobei der Partei zur Bestellung eines neuen Anwalts eine Frist anzuberaumen wäre, Statt geben, so hätte man den alten Schlendrian wieder, wobei es jedem säumigen Schuldner oder Prozeßkrämer möglich war, durch die Patrociniumsaufkündungen, die oft mit seinem Einverständnisse geschahen, deren Grund aber auch bald in der Frivolität der Sache, bald in Rückhaltung der gesetzlichen Vorschüsse u. dgl. lag, so wie durch die auf die verschiedenste Weise begründeten Fristgesuche den Ausgang des Streits nicht nur Monate, sondern Jahre lang herumzuschleppen.

Mir scheint es sehr wohlthätig, daß der §. 144 der neuen Prozeßordnung solche Chicanen durch die Bestimmung, wornach „der Fortgang der Sache durch eine Patrociniumsaufkündung nicht aufgehalten werden soll,“ zu beseitigen sucht.

Zwar kann die Partei hiedurch in ihrem rechtlichen Gehöre verkürzt werden, wenn der Anwalt, der Vorschrift des §. 144 zuwider, nicht so frühzeitig aufkündet, daß sie noch zu rechter Zeit einen andern Anwalt bestellen kann; allein eine gleiche Verkürzung kann auch in andern Fällen, ohne daß der Anwalt aufkündet, dennoch eben so eintreten, wenn derselbe z. B. Prozeßhandlungen versäumt oder unrichtige Zugeständnisse macht. In allen solchen Fällen ist es einzig die Wiederherstellung in den vorigen Stand, wodurch die Partei die Nachtheile der Versäumnisse ihres Anwalts wieder von sich abwenden kann (§. 154, 156), und namentlich auch da, wo der Partei, welche wegen zu später Aufkündung ihres Anwalts bei einer Tagfahrt gar nicht vertreten wurde und welcher deßhalb als Folge der Versäumung etwas aberkannt worden ist, steht derselben nach §. 669 Nr. 3, vergl. mit §. 658, das Recht der Wiederherstellung zu.

Der Gang, den die neue Prozeßordnung bei solchen Aufkündungen vorschreibt, scheint mir einfach in Folgendem zu bestehen:

Die Aufkündung muß nach §. 144 gerichtlich geschehen, d. h. sie muß von dem Anwalte bei Gericht angezeigt und von diesem der Partei eröffnet werden.

Eine Verfügung an die Partei bei diesem Anlaß schreibt das Gesetz nicht vor, das Gericht hat ihr daher die Aufkündung lediglich zu eröffnen, und der Partei bleibt überlassen, für ihre fernere Vertretung zu sorgen und nach Umständen einen andern Anwalt zu bestellen, der in die Prozeßverhandlungen so, wie sie zur Zeit seiner Bevollmächtigung stehen, eintritt, und alles vornimmt, was nach der nunmehrigen Lage der Sache zu thun ist, beziehungsweise bei bereits eingetretenen Versäumungsnachtheilen Wiederherstellung sucht u. dgl.

Der erste Anwalt kann bei seiner Aufkündung für seine Partei auch noch um eine weitere Frist oder um Verlegung der bereits angeordneten Tagfahrt nachsuchen, welches Gesuch sodann nach Maßgabe der §§. 231—237 entsprechend oder abschläglich erledigt wird, während unabhängig hievon die gerichtliche Insinuation der Aufkündung an die Partei erfolgt.

Ist aber um eine Erstreckung der Frist oder Verlegung der Tagfahrt nicht nachgesucht, so kann das Gericht eine solche auch nicht von Amtswegen aussprechen, da dieß mit der Verhandlungsmaxime, insbesondere mit der Vorschrift des §. 5, im Widerspruch stände.

Es ist auch nicht zu übersehen, daß bei allen Nothfristen z. B. zur Uebergabe der Appellationsbeschwerdeschrift (§. 1195) nach §. 245 eine richterliche Erstreckung gar nicht zuläßig ist, daß also in solchen Fällen das behauptete Zwischenverfahren durch Setzung einer neuen Frist zur Aufstellung eines andern Anwalts ohnehin nicht Statt fände, somit das billige Auskunftsmittel, welches hierin liegen soll, doch nicht durchgreifend wäre und dadurch nur eine ungleiche Behandlung in den verschiedenen Fällen, in denen doch gleiche Gründe der Billigkeit vorhanden sind, entstehen würde.

D. R.

4) Ganz unerheblich ist es wohl, daß die Gewaltgeber solche Versehen des Anwaltes voraussehen, daß sie nach §. 156 deßhalb Restitution erwirken, und daß die Gegenparteien unter dem Verschulden des fremden Anwaltes nicht leiden könnten. Alles dieß läßt sich auch von dem Fall des §. 240 sagen, wenn die Verlegung der Tagfahrt nicht zeitig nachgesucht war; und dennoch bestimmt das Gesetz nicht die strengere, sondern die mildere Folge, und dieß gewiß sehr weise und zum Vortheil beider Theile, indem so die Sache materiell schneller zu Ende kommt, als wenn sie durch Restitutionsgesuche von Neuem in Gang gesetzt wird.

5) Mag es endlich seyn, daß einmal in diesem Sinne die späten Aufkündungen zum Verschleife der Sache benutzt werden könnten, gegen Mißbrauch ist kein Gesetz gesichert; wo aber mit der regelmäßigen wohlthätigen Wirkung der mögliche Mißbrauch außer allem Verhältniß steht, da ist gewiß kein Grund vorhanden, das gewisse Gute zur Verhütung des seltenen Bösen aufzugeben!

Aschbach.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Sind die auf Antrag des Gemeinderaths und Bürgerausschusses von den Großh. Kreisdirectorien den Ortsvorstehern bewilligten Pensionen durch die neue Gemeindeordnung denselben wieder entzogen worden?

Altvogt Frey zu Rohrbach gegen die Gemeinde daselbst.

Altvogt Frey zu Rohrbach wurde im Jahre 1797 als Vogt gewählt und von der damaligen kurpfälzischen Regierung in dieser Eigenschaft bestätigt. Derselbe begleitete diese Stelle bis zum Jahre 1828 und es wurde ihm von dem Großh. Oberamte Heidelberg das Zeugniß ertheilt: „daß er das ihm seit langen Jahren anvertraute Amt des ersten Ortsvorgesetzten nicht nur zur Zufriedenheit seiner Gemeinde, sondern der ihm vorgesetzten Behörde geführt, und man eben deßwegen gewünscht hätte, wenn solches noch länger von ihm beibehalten worden wäre, anstatt daß seine kränklichen Umstände ihn dazu bestimmen mußten, diese Stelle freiwillig niederzulegen.“ Aus Dankbarkeit für die vielen Verdienste, welche Altvogt Frey während seiner Dienstführung um die Gemeinde sich erworben hat, bewilligten die Gerichtsleute und der Gemeindeausschuß am 20. März 1828 Namens der Gemeinde, vorbehaltlich hoher Ratification, demselben eine jährliche Pension von 100 fl. aus der Gemeindecasse, nebst einem Klafter Buchen- und einem Klafter Eichenholz aus der dortigen Waldung. Nach Vernehmung des Großh. Amtsrevisorates trug das Großh. Oberamt Heidelberg beim Großh. Neckarkreisdirectorium auf Genehmigung der bewilligten Pension an und in einem Erlasse dieser letztern Behörde vom 25. Novbr. 1828 wurde verfügt:

„Man genehmige die Entlassung des Vogts Frey und ertheile dem Oberamte die Ermächtigung, ihm eine Pension von 100 fl. und zwei Klaftern zur Hälfte Buchen- zur andern Hälfte Eichenholz auf die Gemeindecasse anzuweisen. Zugleich wird das Oberamt beauftragt, eine Vogtswahl in Rohrbach anzuordnen und der Gemeinde zu bedeuten, daß auf die Dauer dieser dem abgehenden Vogt bewilligten Pension das Aversum des zu erwählenden Vogts auf 50 fl. beschränkt werde.“

Altvogt Frey bezog diese Pension bis zum Jahre 1832. Im Jahre 1831 wurde von einigen Bürgern von Rohrbach gegen diese Pensionsertheilung Beschwerde erhoben, weil die Gemeinde mit Schulden belastet und die Bürgerschaft darüber nicht gehört worden sei, was doch gesetzlich nothwendig gewesen. Allein am 16. März 1832 erfolgte vom Großh. Neckarkreisdirectorium eine abweisliche Verbescheidung, worauf sie sich an das Großh. Ministerium des Innern wendeten. Der Recurs wurde in einem Erlasse vom 18. Juni 1832 für begründet erachtet, „da sowohl nach der Organisation vom Jahre 1809 Beil. B. lit. l. §. 18, als auch nach der neuen Gemeindeordnung §. 19 dergleichen Pensionirungen nur nach Beschluß der ganzen Gemeinde geschehen können.“ Altvogt Frey remonstrirte hiegegen und es erfolgte ein weiterer Erlaß des nämlichen Großh. Ministeriums des Innern vom 15. Decbr. 1832 des Inhaltes:

„Nach der neuen Gemeindeordnung kann die Verleihung einer Pension von Altvogt Frey gegen den Willen der Gemeinde von Vormundschafts wegen, wie dieses nach dem §. 18 des Organisationsedicts vom Jahre 1809 lit. B. zuläßig war, nicht mehr Statt haben und man kann dem Altvogt Frey in Bezug auf seine Pension gegenwärtig von Seiten der Administrativbehörde ohne Zustimmung der Gemeinde weder Rechte geben noch nehmen. Es fragt sich daher nur, welche Rechte Frey früher erworben habe? allein darüber und ob er kraft der Kreisdirectorialverfügung vom 25. Novbr. 1828 oder anderer Verhältnisse auf gültige Weise rechtliche Ansprüche auf eine Pension erlangt habe? kann nur der Richter entscheiden. Dieses ist dem Altvogt Frey zu eröffnen und ihm zu überlassen, wegen seiner behaupteten Ansprüche den Rechtsweg zu betreten.“

Am 8. März 1833 trat Altvogt Frey beim Großh. Oberamte Heidelberg mit einer Klage gegen die Gemeinde Rohrbach auf und stellte, gestützt auf den Kreisdirectorialbeschluß vom 25. Novbr. 1828 den Antrag, nach gepflogenen Verhandlungen zu Recht zu erkennen, daß die Gemeinde schuldig sei, dem Kläger die Pension von 100 fl. in Geld und ein Klafter Eichen- und ein Klafter Buchenholz für das Jahr 1832 sammt Zinsen seit der Zeit des Rückstandes und für alle weitern Jahre seines Lebens zu entrichten und die veranlaßten Kosten allein zu tragen.

Die Gemeinde stellt in ihrer Vernehmlassung jedes Factum in Abrede, wodurch der Kläger gültig eine Pension erlangt haben will, und setzt der Klage die Einrede der Minderjährigkeit nach dem §. 11 des zweiten Constitutionsedicts mit dem Bemerken entgegen, daß die Formen, unter welchen die Gemeinde eine solche Verbindlichkeit nach §. 3 des zweiten Constitutionsedicts und §. 18 l. des Organisationsedicts von 1809 lit. B. übernehmen könne, nicht eingehalten seien, daß also das ohnehin die Gemeinde verkürzende Rechtsgeschäft nichtig sei.

Dabei wurde in der Form einer Widerklage auf wirkliche Annullirung der Acte des Ortsgerichts, Bürgerausschusses und Kreisdirectoriums angetragen.

(Beschluß folgt.)

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe den 25. October 1834.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Sind die auf Antrag des Gemeinderaths und Bürgerausschusses von den Großh. Kreisdirectorien den Ortsvorstehern bewilligten Pensionen durch die neue Gemeindeordnung denselben wieder entzogen worden?

(Beschluß.)

Das Oberamt Heidelberg verhandelte hierüber und fällte sodann unterm 8. Octbr. 1833 folgendes Urtheil mit Entscheidungsgründen:

In Erwägung,

1) daß nach §. 17 des Organisationsedictes vom 26. Novbr. 1809, Regbl. Nr. 49, alle in den bisherigen Organisations- und Constitutionsedicten, auch andern Landesgesetzen enthaltenen Verordnungen, welche dem gegenwärtigen Edicte und dessen Beilagen entgegen laufen, aufgehoben und

2) daß nach §. 15 lit. B. zu diesem Edicte die Bedienstungen der Ortsvorgesetzten, Rathsglieder, Gerichtsmänner, Gerichtsschreiber und die Ortspolizeiämter widerruflich sind und kein Gesetz existire, wornach dieselben über ihre Dienstzeit hinaus an die Gemeindecasse eine Belohnung anzusprechen oder sonst etwas von ihr zu beziehen haben; in weiterer Erwägung,

3) daß Kläger, Altvogt Frey, seinen Anspruch auch nur auf den Kreisdirectorialerlaß vom 25. Novbr. 1828 Nr. 15409 gründet, das Kreisdirectorium aber

4) nach derselben Beilage B. Nr. 18 lit. l. vergl. mit Beil. D. Nr. 18 f. und dem provisorischen Gesetz über die Einführung der Gemeindeausschüsse vom 23. August 1821 §. 12, Regbl. Nr. 14, sodann dem §. 3 des zweiten Constitutionsedicts, die Verfassung der Gemeinheiten betreffend, ohne den Willen der Gemeinde selbst, also ohne ihre vorherige Vernehmung und Zustimmung, auf die Bewilligung der Gerichtsleute und des Gemeindeausschusses allein hin aus obervormundschaftlicher Gewalt die Gemeindecasse mit einer neuen ständigen Ausgabe, die für die Gemeinde nicht nützlich und nicht nothwendig ist, sondern bloß eine Freigebigkeit enthält, gültig nicht belasten, sohin über das Gemeindevermögen nicht verfügen konnte; in Erwägung,

5) daß hiernach die ertheilte obervormundschaftliche Ermächtigung zur Anweisung der Pension auf die Gemeindecasse, als ungesetzlich und ungültig, für die Gemeinde nicht verpflichtend ist, vom Oberamte auch nach den Acten die förmliche Anweisung nicht erfolgte, wenn gleich dem Ortsvorstande eine Abschrift des Kreisdirectorialrescriptes vom 25. Novbr. 1828 mitgetheilt wurde und die Zahlung bis zum Jahre 1832 geschah, mithin auf diesen Kreisdirectorialerlaß eine Klage gegen die Gemeinde rechtlich nicht gegründet werden kann, besonders da

6) die behauptete nachträgliche Vernehmung und Einwilligung der Gemeinde widersprochen und durch kein Protocoll erwiesen ist, auch als nachgeschobener Klaggrund nicht berücksichtigt werden darf. In Betracht endlich,

7) daß die vom beklagten Theile beim Richter gegen eine von der Administrativbehörde erlassene Verfügung nachgesuchte Restitution als unzuläßig, daß die angestellte Widerklage nach §. 313, 316 der Prozeßordnung, da sie weiter nichts als eine Einrede enthält und durch die Entscheidung in der Hauptsache ja der nämliche Zweck erreicht wird, wenn die derselben zum Grunde gelegten Acte nicht klagbar sind, als ungeeignet und daß die Litisdenunciation an die ehemaligen Gerichtsleute und Mitglieder des Bürgerausschusses als unbegründet erscheint, mithin der beklagten Gemeinde die dadurch veranlaßten weitern Kosten selbst zur Last bleiben müssen, ist nach Ansicht der §§. 169, 170 der Prozeßordnung Beschluß:

> wird auf die gepflogenen gesetzlichen Verhandlungen hiemit für Recht erkannt: es sei Altvogt Stephan Frey mit seiner Klage gegen die Gemeinde Rohrbach auf Bezahlung einer Pension von 100 fl. in Geld und einem Klafter Eichen- und einem Klafter Buchenholz für das Jahr 1832 sammt Zinsen seit der Zeit des Rückstandes und für alle weitern Jahre seines Lebens unter Verfällung in die Gerichtskosten und Vergleichung der übrigen abzuweisen.

Auf die dagegen von Seiten des Klägers ergriffene Appellation änderte, unter Verurtheilung der Gemeinde in die Kosten beider Instanzen, das Großh. Hofgericht zu Mannheim unterm 14. Mai das Urtheil dahin ab:

> daß die Beklagte, Appellatin für schuldig zu erkennen sei, dem Kläger, Appellanten, die eingeklagte Pension von jährlichen 100 fl. nebst einem Klafter Buchen- und einem Klafter Eichenholz für das Jahr 1832 und für alle künftigen Lebensjahre des Klägers zu entrichten.

Entscheidungsgründe:

Auf die Bitte des gewesenen Vogts Frey um Entlassung von seinem Dienste mit einer jährlichen Pension von 100 fl., welche er vorzüglich durch ein Zeugniß der Ortsgerichts- und Ausschußmitglieder vom 10. März 1828 zu begründen suchte, worin ihm die gebetene jährliche Pension von 100 fl. nebst einem Klafter Buchen- und einem Klafter Eichenholz, vorbehaltlich höherer Ratification, zugesichert wird, wurde in einem Erlasse des Großh. Neckarkreisdirectoriums vom 25. Novbr. 1828 Nr. 15,409 dem Oberamte Heidelberg auf dessen Antrag die Ermächtigung ertheilt, die beschriebene Pension auf die Gemeindecasse anzuweisen, welche Altvogt Frey auch bis Ende 1831 bezogen hat. Als ihm solche in der Folge streitig gemacht wurde, trat er mit einer förmlichen Klage auf, wurde damit aber durch Urtheil des Oberamtes Heidelberg vom 8. Octbr. v. J. abgewiesen, wogegen nun appellirt wird.

In Erwägung, daß der Kläger sein Begehren auf den allegirten Kreisdirectorialerlaß vom 25. Novembbr 1828 Nr. 15,409 gründet, besagend: quoad pass. concer.:

> Man genehmige die Entlassung des Vogts Frey und ertheile dem Oberamte die Ermächtigung, ihm eine Pension von 100 fl. und zwei Klaftern zur Hälfte Buchen- und zur andern Hälfte Eichenholz auf die Gemeindscasse anzuweisen;

In Erwägung, daß zwar nach dem Organisationsedict vom 26. Novbr. 1809, Regbl. Nr. 49 Beil. B. Nr. 18 lit. l. die Uebernahme neuer ständigen Ausgaben auf die Gemeindecasse nur nach vorheriger Vernehmung der Gemeinde erfolgen darf und daß in dem vorliegenden Falle die Gemeinde nicht vernommen wurde, daß aber der Gemeinderath mit dem Bürgerausschuß zugestimmt hat, und dieser Beschluß von der obervormundschaftlichen Behörde genehmigt wurde, letztere aber nach dem allegirten Organisationsedict lit. l. an die Bewilligung des größern Theils der Gemeinde nicht gebunden ist, vielmehr sogar gegen deren Willen der Gemeinde ständige Lasten aus obervormundschaftlicher Gewalt auflegen kann *), woraus zur Genüge hervorgeht, daß jene Einvernahme der Gemeinde nur eine Förmlichkeit ist, welche zwar hätte beobachtet werden sollen, deren Nichtbeobachtung aber nach L. R. S. 6 k, keine Nichtigkeit des ganzen Acts involvirt;

In Erwägung, daß von der beklagten Gemeinde wegen der nachgesuchten Restitution und erhobenen Widerklage keine bestimmte Beschwerde aufgestellt worden ist, der Vorbehalt der erst in der mündlichen Rechtsausführung aufzustellenden Beschwerden aber als unstatthaft erscheint;

Aus diesen Gründen rc. rc.

Anmerkung. Sowohl in der Klage als in der Appellationsbeschwerdeschrift wurde darauf angetragen, dem Kläger Zinsen für die rückständigen Leistungen zuzuerkennen. Nach dem Inhalte des Urtheils sind dieselben aberkannt, die Entscheidungsgründe erwähnen aber nicht, warum die Gemeinde keine Zinsen zahlen soll, da sie offenbar in Verzug ist.

Dr. Uihlein.

*) Von der citirten Gesetzesstelle sind hier jedoch einige, und zwar für die vorliegende Frage sehr erhebliche Worte mit Stillschweigen übergangen.

Allerdings konnte nämlich aus obervormundschaftlicher Gewalt auch gegen den Willen der Mehrheit der Gemeinde entschieden werden, aber nicht von dem Kreisdirectorium, sondern nur von der Centralbehörde.

In dem angeführten §. 18 des Organisationsedicts lit. B. heißt es am Schlusse wörtlich: die dort erwähnten Geschäfte, worunter insbesondere

> „l. die Uebernehmung neuer ständiger Ausgaben auf die Gemeindecasse"

aufgeführt ist und über welche jeweils die Gemeinde zu vernehmen sei, seien

> „jedoch nicht nothwendig an die Bewilligung des größern Gemeindetheils gebunden, sondern es könne, jedoch nur von der Centralbehörde, aus obervormundschaftlicher Gewalt, gegen den Willen der Gemeinde entschieden werden."

D. R.

II.

Ueber Rechtsabtretung und Bürgschaft.

Erläutert durch einen Rechtsfall.

In Sachen des P. G. zu W. gegen die G. P. Sch. Ehefrau, geborne W. alda, Bürgschaft für rückständige Güterpachtschillinge betreffend, verkaufte der Ehemann der Beklagten an den Kläger laut Cessionsurkunde vom 11. Juli 1817 die Summe von 3291 fl. Güterpachtschillinge um 1900 fl. Die beklagte Ehefrau machte sich unter amtlicher Ermächtigung als Mitverkäuferin sammtverbindlich

für den etwaigen Verlust, den der Kläger an der cedirten Forderung erleiden muß.

Da an dieser Forderung noch 828 fl. 29 kr in Ausstand blieben, welche schwer einbringlich zu machen waren, so trat der Kläger gegen die sammtverbindliche Ehefrau mit einer Ersatzklage auf. Die übernommene Sammtverbindlichkeit ist von der Beklagten nicht widersprochen, vielmehr durch eine öffentliche Urkunde bewiesen. Bei dem Umstande, daß der vergantete Ehemann der Beklagten kein Vermögen besitzt, wäre die angesprochene Verbindlichkeit dessen Ehefrau — wenn ihre Bürgschaft oder Sammtverbindlichkeit für ein Anleihen geleistet worden wäre — keinem Zweifel unterworfen, falls ein Verlust als erwiesen vorläge. Hier liegt aber ein anderes Rechtsgeschäft, als eine Darleihe, nämlich eine Rechtsabtretung in der Mitte, welche nach anderen als nach den Gesetzen über Anleihen beurtheilt werden muß.

Die beklagte Ehefrau findet den Rechtsgrund ihrer Befreiung von der Sammtverbindlichkeit in dem Satze 1694 des Landrechts, wornach der Cedent einer Forderung selbst in dem Falle, wenn er für die Güte der Forderung sich verbindlich gemacht hat, nicht für mehr tenent ist, als er für seine Rechtsabtretung erhalten hat.

Die von einer Ehefrau übernommene Sammtverbindlichkeit geschieht bekanntlich für eine Verbindlichkeit ihres Mannes. Erstere kann natürlich nicht weiter gehen, als letztere; sie, die Ehefrau, ist nach Satz 1431 des Landrechts ungeachtet der Sammtverbindlichkeitsübernahme nur als Bürge ihres Mannes anzusehen und zu behandeln. Nun kann sich aber eine Verbürgung auf mehr nicht erstrecken, als wozu der Hauptschuldner (hier der Beklagten Ehemann) verbunden ist, ja, es kann sogar die Bürgschaft nicht unter lästigeren Bedingungen übernommen werden, und wenn dieß auch je geschieht, so findet zu Gunsten des Bürgen eine Verminderung bis zum Betrage der Hauptschuld Statt.

cf. Satz 2013 des Landrechts.

In dem vorliegenden Falle hat die Beklagte die Sammtverbindlichkeit für ihren Ehemann übernommen. Es frägt sich also bloß:

„Worin die Sammtverbindlichkeitsübernahme bestehe?“

Gesetzlich haftet der Ehemann der Beklagten, welcher allein als Verkäufer der Pachtgelder — eines Theils des Gemeinschaftsvermögens — angesehen werden kann, obgleich die Beklagte als Mitverkäuferin aufgeführet ist, nur für die Zahlungspflichtigkeit des Schuldners, nicht aber ohne eine besondere Verabredung für die Zahlungsfähigkeit desselben.

Satz 1693 und 1694 des Landrechts.

In der Cessionsurkunde ist nun aber nicht enthalten, daß der Ehemann der Beklagten für die Zahlungsfähigkeit der Pächter gehaftet habe, er steht also bloß für die Liquidität der Pachtschillingsforderung, welche keinem Widerspruch unterliegt. Hieraus folgt ganz richtig, daß auch seine Ehefrau, die Beklagte, sich weiter für nichts, als für die Liquidität verbürgt habe. Da diese existiert, so ist ihre übernommene Verbindlichkeit völlig aufgehoben.

Wollte man eine übernommene Haftbarkeit des Ehemanns der Beklagten für die Zahlungsfähigkeit der Pachtschillingsschuldner aus den Worten des Cessionsvertrages §. 1 folgern, welche lauten:

„Wie denn sie, die G. P. Sch. Eheleute, bis zum beendigten sechsten Bestandsjahre zugleich zur Sicherheit der ganzen Bestandsgelder das Hofgut B. als Nachhypothek freiwillig darbieten, und daher den Eintrag in das Pfandbuch besorgt wissen wollen;“

so nützt dieß dem Kläger nichts, weil hier wieder der Satz 1694 des Landrechts in Anwendung kömmt. Denn der Kläger hat nicht widersprochen, daß er die bezahlte Kaufsumme nicht zurück empfangen oder nicht so viel Pachtgelder erhalten, als er für Abtretung derselben an den Ehemann der Beklagten bezahlt habe. Es geht vielmehr aus den Acten zur Genüge hervor, daß der Kläger in der That mehr eingenommen, als er bei dem Forderungskauf bezahlt hat. Wenn also selbst in diesem Falle der eigentliche Verkäufer nur für die Summe des Empfangs zu haften hatte, ist auch dessen Ehefrau, als Bürgin, für mehr nicht tenent.

Die klägerische Behauptung, daß sich die Beklagte nach dem klaren Inhalt der Cessionsurkunde namentlich für die Summe von 3291 fl. sammtverbindlich gemacht habe, verdient demnach um deßwillen keine Berücksichtigung, weil die Verbindlichkeit der nur als Bürgin zu betrachtenden Beklagten weiter gehen würde, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Eben so wenig kann dem Kläger der Vortrag etwas frommen:

„daß bei der Schuldenliquidation des G. P. Sch. sein damaliger Pachtschillingsrückstand ad 1301 fl. 30 kr. für liquid erkannt, in die dritte Ordnung collocirt, und ihm der Regreß auf das Vermögen der Beklagten vorbehalten worden seie;“

weil dem Bürgen nach Satz 2036 des Landrechts die nämlichen Einreden, wie dem Hauptschuldner zustehen, und der Vorbehalt eines Regresses noch kein Urtheil ist, sondern eine solche Regreßklage erst in einem besonderen gerichtlichen Verfahren durchgeführt werden muß.

Gesetzt, es hätte sich statt der Ehefrau des Beklagten ein Extraneus als Selbstschuldner verbindlich gemacht (d. h. wäre sammtverbindlich geworden), so würde ausnahmsweise die Bürgschaft den Betrag der Hauptverbindlichkeit übersteigen dürfen, sohin die Einschränkungen des Landrechtssatzes 2013 nicht in Anwendung kommen. Dieser Mehrbetrag

würde jedoch nur zwischen dem sammtverbindlichen Bürgen und dem Gläubiger ein Rechtsverhältniß begründen, den Hauptschuldner hingegen nichts angehen.

Satz 2021 a. des Landrechts. Trefurt, System des badischen Civilrechts Seite 315 am Ende.

Was die im Laufe des Rechtsstreites von der Beklagten in Anregung gebrachte Rückforderung eines Betrages von 100 fl. betrifft, die der Kläger an dem Kaufschillinge der übernommenen Pachtgelder noch schuldig seyn solle, so kann solche aus dem Grunde nicht Statt finden, weil sie, die beklagte G. P. Sch. Ehefrau, ad causam nicht legitimirt ist, wohl aber die Creditoren ihres Mannes, die mit ihren Forderungen ganz oder theilweise in Verlust geriethen.

Aus diesen Gründen wurde durch Urtheil zu Recht erkannt:

„Es seie die beklagte Ehefrau nicht schuldig, für den derzeitigen Ausstand jener Güterpachtschillinge zu B., welche ihr Ehemann im Jahr 1817 an den Kläger veräußerte, mit ihrem Vermögen zu haften; vielmehr seie ihre unterm 16. Mai 1817 hiefür übernommene Sammtverbindlichkeit für erloschen zu erklären: dagegen sei sie aber mit ihrer Forderung jener 100 fl., welche der Kläger an der Kaufsumme dieser Pachtschillinge noch rückständig seyn solle, abzuweisen.“

„Die Kosten habe der Kläger allein zu bezahlen.“

Dr. Löw.

III.

Rechtsfall über die Anwendbarkeit des L. R. S. 909 auf Kirchendiener.

Ueber die Gültigkeit eines Stückvermächtnisses von 700 fl. an einen Kirchendiener, welcher der Testirerin während ihrer letzten Krankheit das heilige Abendmahl dargereicht hatte, entstand ein Rechtsstreit, welcher in erster Instanz für die Gültigkeit des Legats entschieden wurde, weil das heilige Abendmahl erst nach Errichtung des Testaments dargereicht wurde, und man sohin annahm, als seie der S. 909 hierauf nicht anwendbar. In zweiter Instanz ward diese Ansicht bestritten, und wegen der allgemeinen Wichtigkeit der Frage die Entscheidung weiterer Berathung ausgesetzt. Nachstehende motivirte Abstimmung vereinigte nun alle Stimmen, und aus ihrer wesentlichen Ausführung wurden die Entscheidungsgründe entnommen, weßhalb ich die ganze Ausführung als eine Erläuterung des L. R. S. 909 anher übergebe. Die am Ende berührte prozessualische Frage ward als nicht zur Entscheidung der Sache gehörig nicht vom Gericht entschieden, und soll später eigends behandelt werden.

Gutachten.

Kläger verlangt die Ausfolgung eines Legats von 700 fl., dessen Ungültigkeit Beklagter nach der Vorschrift des S. 909 behauptet, indem Kläger als Kirchendiener die Erblasserin während ihrer letzten Krankheit behandelt habe, und nur eine seinen Diensten nicht unangemessene belohnende Schenkung empfangen könne. Kläger ist Diener der evangelisch-protestantischen Kirche, und obschon man versucht hat, den S. 909 nur auf die eigentlichen Beichtväter des katholischen Glaubens zu beschränken, so ist dieß verwerflich, denn das Landrecht, so wie der französische Originaltext gebrauchen den allgemeinen Ausdruck: Kirchendiener, Ministre du culte, und umfassen damit den Priester jedes Religionsglaubens. Mag eine Religion ihren Priestern einen mehr oder minder ausgedehnten Einfluß über die Religionsgenossen ertheilen, so sind alle Religionen darin einig, daß sie bestimmte Lehrer, Priester, bestellen, von denen die Lehre, der Trost, die Hoffnung des Glaubens ausgeht, und von denen die kirchlichen Feierlichkeiten verrichtet werden. Es üben damit diese Priester unverkennbar auf ihre Gläubigen eine nicht unbedeutende Gewalt, zumal am Rande des Grabes aus. Ob eine Religion den Tod des Gläubigen mit mehr oder minder Feierlichkeiten verknüpft, macht hinsichtlich dieser Gewalt nichts aus, und die Kirchengeschichte lehrt genug, daß die Macht des protestantischen Predigers für den Glaubenden nicht geringer ist, als die des katholischen Beichtvaters.

Zur Richtigkeit der freigebigen Verfügung fordert nun der Satz 909:

1) daß dieselbe während einer Krankheit errichtet;
2) daß der Verfügende in dieser Krankheit gestorben ist;
3) und daß der Bedachte den Verfügenden während dieser Krankheit behandelt hat, d. h. daß er bei dem Kranken berufshalber Verrichtungen ausgeübt hat.

Dieses vorausgesetzt, so ist erwiesen und unbestritten,

1) daß das das eingeklagte Legat errichtende Testament während der Krankheit gefertigt wurde,
2) an welcher die Erblasserin starb, und daß
3) der Kläger als ihr Beichtvater sie besuchte und ihr während dieser letzten Krankheit das Abendmahl darreichte.

Da es nun unzweifelhaft ist, daß die Darreichung des heiligen Abendmahls eine Berufshandlung des Klägers war, so wird man annehmen, daß bei dem Zusammentreffen aller Bedingungen des S. 909 das Legat des Klägers ungültig ist, wenn es nicht unter eine der Ausnahmen dieses Satzes fällt.

Allein es wird vom Kläger behauptet, und der Unterrichter hat dieses angenommen, daß die Darreichung des heiligen Abendmahls erst nach Fertigung des Testaments geschehen seie. Der S. 909 müsse aber dahin ausgelegt werden, daß die Behandlung des Kranken schon vor Errichtung des Testaments eingetreten seyn müsse, indem erst

nachher geschehen, es aus der Natur der Sache hervorgehe, daß durch die spätere Behandlung auf den Kranken bei der vorhergehenden Errichtung des Testaments nicht eingewirkt worden seie. Dieß ist aber für sich und insbesondere bei den Kirchendienern unrichtig.

Der §. 909 enthält von dieser Beschränkung auch nicht eine Andeutung. Der Zeitraum seiner Anwendbarkeit ist die Dauer der letzten Krankheit, und fällt das Testament des Kranken und seine Behandlung in diese Zeit, so ist die freigebige Verfügung nichtig. Diese Nichtigkeit ist eine absolute, sie enthält selbst ihre Ausnahmen, und wo dieß das Gesetz selbst bestimmt, sein Wortlaut auch nicht zweifelhaft ist, da darf durch eine gar nicht nöthige Auslegung eine Beschränkung nicht hinein getragen werden.

Der Grund des Gesetzes liegt offenbar darin, daß es die Verrichtungen der im §. 909 bei einem Todkranken, einem an Geist, Körper und Willen herabgestimmten Menschen von der Art erachtet, daß sie durch den damit auf den Kranken erlangenden Einfluß seine Willensfreiheit hemmen. Wurden sie nun in der Krankheit mit einem unangemessenen Legat bedacht, so nimmt das Gesetz den Mangel der Willensfreiheit an und vernichtet das Legat. Dabei will das Gesetz verhindern, daß diese Personen ihre Amtsverrichtungen nicht zur Erbschleicherei mißbrauchen und will den Kranken vor dem drängenden und quälenden Treiben, zumal jener Personen schützen, von denen er das Wohl seines Körpers und das Heil seiner Seele erwartet und hofft. Damit aber, daß das Gesetz die Folge seiner Vorschrift für dergleichen Legate, die Nichtigkeit, ausspricht, erhebt es seine Bestimmung zu einer gesetzlichen Vermuthung der Einwirkung auf den Kranken und der daraus folgenden Willensunfreiheit desselben, wogegen nach klarer Vorschrift des §. 1352, 1352 a. kein Gegenbeweis zuläßig ist. So wie man aber die Vernichtung eines Legats über die drei Bedingungen des §. 909 hinaussetzen und eine Beschränkung derselben auf eine gewisse Epoche der Krankheit im Verhältniß zum Datum des Testaments zum Beweis zulassen wollte, so wäre dieß der Sache nach die Zulassung des Beweises, daß man auf die Willensfreiheit des Kranken nicht eingewirkt habe, und der §. 909 würde zu einer bloßen richterlichen Vermuthung der Willensfreiheit des Testators herabsinken, und anstatt eine bestimmte klare Vorschrift des Gesetzes zu besitzen, hätte man eine Vorschrift, die allen gehässigen Prozessen über erschlichene Erbseinsetzungen Raum giebt. Der §. 909 wäre alsdann überflüssig, indem ja ein Testator ohnedieß schon nach §. 901 a. im Zustand freier Entschließung seyn muß, und er würde sich nur darauf beschränken, daß bei den Personen des §. 909 gegen sie eine Vermuthung der Einwirkung auf die Willensfreiheit des Testators spricht, welche sie durch den überdieß eigentlich unmöglichen Beweis der Nichteinwirkung auf den Testator als eine unbeschränkte Negative entkräften könnten. Diese Meinung wäre auch für den ganzen Grund und Zweck des Gesetzes gefährlich, denn sie würde den seinen Einfluß auf den Kranken mißbrauchenden Legatar des §. 909 nur auffordern, seine Macht gegen den Kranken dahin zu steigern, daß er ihn noch zur Fertigung eines eigenhändigen Testaments und zu dessen Verdatirung drängt. Daß der §. 909 eine gesetzliche Vermuthung aufstellte, folgt schon daraus, daß der damit in Verbindung stehende §. 911 zur Aufrechthaltung des §. 909 abermals eine gesetzliche Vermuthung der unterschobenen Personen aufstellt, conf. Brauer zu §. 911, und es nun zu dem sonderbaren Ergebniß führen würde, daß man zwar die Nichteinwirkung auf den kranken Testator nach §. 909 beweisen, nicht aber darthun dürfte, daß die Personen des §. 901 nicht denen des §. 909 unterschoben sind.

Die Verwerflichkeit jener Meinung wird aber insbesondere dann klar und und deutlich, wenn man das Wesen der Amtsverrichtungen eines Kirchendieners bei einem Kranken betrachtet. Die Verrichtungen der andern Personen des §. 909 sind fortlaufend und vielartig. Der Arzt kommt fortwährend, beobachtet, besorgt den Kranken täglich und läßt die vielfache Hülfe seiner Kunst zu jeder Zeit eintreten. Der Priester dagegen hat bei dem Kranken nur einzelne wenige Berufshandlungen, bei dem Katholiken die heilige Beichte mit der Absolution, das heilige Abendmahl, die heilige letzte Oelung, bei dem Protestanten das heilige Abendmahl, und gerade die hohe Wichtigkeit dieser kirchlichen Feierlichkeiten für den dem Jenseits entgegenschauenden Kranken ist der triftige Grund des Gesetzes, daß es einen die Willensfreiheit des Kranken hemmenden Einfluß des Priesters annahm, und ihn der Vorschrift des §. 909 unterstellte. Es ist aber nun eine bekannte Thatsache, daß diese kirchlichen Feierlichkeiten nicht gerade plötzlich geschehen, sie setzen eine mehr oder minder lange Vorbereitung des Kranken voraus, und wenn schon diese Vorbereitung nicht gerade in die Form der Verrichtung der kirchlichen Feierlichkeit selbst auf erkennbare Weise eingeschlossen ist, so gehört sie doch auch zum Berufsgeschäft des Geistlichen, so daß also, wenn schon das heilige Abendmahl als für sich bestehende Form einer kirchlichen Amtsverrichtung auch nach Fertigung des Testaments ertheilt wurde, noch nicht damit bewiesen ist, daß die Vorbereitung dazu — also gleichfalls eine Berufshandlung des Geistlichen — dem Testament nicht vorausgegangen war. Dieser Beweis braucht aber doch nicht gegen den bedachten Kirchendiener geführt zu werden. Hier ist das Testament den 10. Januar gefertigt, den 27. Januar ist die Erblasserin gestorben, und wenn schon nicht bewiesen ist, an welchem bestimmten Tag das heilige Abendmahl gereicht wurde, so ist es doch, wenn auch nach dem 19. Januar dargereicht, in der kurzen Zeit vom 19. Jan.

bis 27. Jaunar eingeschlossen. Es ist aber weiters hier bewiesen, daß Kläger langjähriger Beichtvater der Erblasserin war, daß er ihr immer in ihren Krankheiten den Trost der Religion spendete; es ist bewiesen, daß er die Erblasserin schon vor Errichtung des Testaments besuchte, ja, daß er allein nur von Fremden zugelassen wurde, und so läßt sich gar nicht als bewiesen annehmen, daß Kläger nicht schon vor Errichtung des Testaments die kranke sehr religiöse Erblasserin als Beichtvater besucht, daß er ihr nicht schon vorher den Trost der Religion gespendet, ihr Gemüth nach Jenseits gerichtet, sie zum Scheiden von dieser Welt vorbereitet, sie zur würdigen Feier des heiligen Abendmahls erhoben und damit lauter Berufshandlungen vorgenommen hat, welche der äußern Form der kirchlichen Feierlichkeit, dem heiligen Abendmahl, vorangiengen.

Und wie höchst gefährlich wäre die Meinung des Klägers, wie würde gerade durch sie der §. 909 bei dem Kirchendiener durchgestrichen, vernichtet, wie würden ihm gerade die Mittel an die Hand gegeben werden, sich in Entheiligung seines hohen Berufs damit ein Vermächtniß zu erschleichen, daß er das göttliche Wort, den letzten Balsam der Religion zur Fröhnung seines Eigennutzes mit Füßen tritt. Er braucht bei Annahme jener Meinung keines Vordatirens des Testaments, sondern er verweigert nur die Vornahme der äußern Form der kirchlichen Feier, er fordert heuchlerischen Sinns mit Entheiligung der Worte der heiligen Schrift vom Kranken vorher die gänzliche Erledigung seiner weltlichen Angelegenheiten, ehe er sich ganz ungestört zum Jenseits wendet, er verlangt von ihm zur Erhöhung der Feier des heiligen Abendmahls die vorhergehende Errichtung seines Testaments, und erhält, sichert sich so nach jener Meinung gerade im Mißbrauch seiner Amtsgewalt, gerade durch Anwendung jenes gefährlichen Einflusses, den der Gesetzgeber vernichten, von dem er den Geistlichen abhalten, den er von dem Kranken abwenden wollte, sein damit erschlichenes, sein dadurch erzwungenes Vermächtniß. Und wie stände es mit dem allerdings gefährlichen Einfluß des katholischen Beichtvaters? Er nimmt das Sacrament der heiligen Ohrenbeichte im Abseyn aller Fremden vor, man weiß nur, daß er zum Kranken gerufen ist, was er bei ihm thut, ist, wenn der Kranke später gestorben und der Geistliche schweigsam ist, nicht zu beweisen, und wie leicht kann nun der Geistliche seine tiefe Gewalt als Beichtiger gerade im Abseyn Dritter dazu mißbrauchen, daß er vor Beginn der äußerlich erkennbaren, also erweislicher kirchlicher Feierlichkeiten, das Testament, sein Legat verlangt. Wahrlich einer solchen Auslegung des §. 909 nach der Meinung des Klägers kann nicht Statt gegeben werden. Es ist zwar hier richtig, daß von diesen Voraussetzungen nichts bewiesen ist, allein gerade diese Beweise, diese gehässigen Beschuldigungen will der §. 909 durch seine gesetzliche Vermuthung ausschließen. Der §. 909 unterscheidet nicht zwischen den Berufshandlungen des Geistlichen, nicht zwischen den Epochen ihrer Verrichtung in der letzten Krankheit, die einzige Bedingung ist ihre Verrichtung während der letzten Krankheit, ob gerade in äußerer erkennbarer Feierlichkeit vor oder nach dem Testament verrichtet, ist nicht zu berücksichtigen, es ist für beides die nämliche Vermuthung, die nämliche Gefahr des die Willensfreiheit beschränkenden Einflusses, also auch die gleiche und nämliche Ungültigkeit des Vermächtnisses. Man kann sich nicht auf Fälle langwieriger Krankheiten berufen, denn abgesehen davon, daß dieses außerordentliche Vorkommenheiten sind, so steigt auch bei langer Behandlung die von der Vorschrift des §. 909 ausgenommene Größe nicht unangemessener Belohnung, und war die Krankheit lang, die Behandlung kurz, die Größe des Legats aber übertrieben, so wird man gerade deßhalb die Anwendung des §. 909 gerechtfertigt sehen. Man kann diesem Allem nicht entgegenhalten, daß man dergleichen Pflichtverletzungen eines Geistlichen zumal nicht voraussetzen dürfe. Der §. 909 setzt sie als gefährlich für den Kranken, als Grund seiner Vorschrift voraus, und wenn man ein Gesetz richtig auslegen und anwenden will, so muß man von seinen Voraussetzungen, von den seinem Grund und Zweck unterliegenden Thatsachen ausgehen, nicht aber von dem Nichteintritt dieser Thatsachen. Man muß den §. 909 zur Verhinderung, zur Vernichtung des gefährlichen Einflusses der dort genannten Personen anwenden, nicht aber zum Schutz, zur Sicherung desselben.

Das Legat des Klägers ist sonach in dieser Beziehung ungültig, allein er behauptet, daß es unter die Ausnahme des Abs. 1 als eine seinen Diensten nicht unangemessene Belohnung falle, was als eine Thatfrage nach allen Umständen des Falls in Beziehung auf den Legatar und die Erblasserin zu beurtheilen ist.

Vorerst ist es nun richtig, daß das Legat nicht ausdrücklich als Belohnung für die Dienste des Klägers gegeben ist, allein dieses kann das Legat nicht ungültig machen, denn zur Gültigkeit der Vermächtnisse ist die ausdrückliche Anführung des Motivs des Erblassers nicht vorgeschrieben, und aus den Umständen des Falls erhellt unzweifelhaft, daß die Erblasserin für den Kläger eine Belohnung seiner Dienste als ihr Beichtvater beabsichtigte.

Der §. 909 bindet nun die Größe des Stückvermächtnisses nicht an den Empfang des Erben, welcher das Legat zu zahlen hat, sondern an das Verhältniß zum Vermögen des Gebers. Die Erblasserin hat hier ein eigenthümliches Vermögen von 32617 fl. hinterlassen, und da nur Erben des dritten Grads in der Seitenlinie vorhanden sind, so läßt sich das Legat von 700 fl. nicht als unangemessen zum Vermögen des Gebers betrachten. Bei Betrachtung der vom Kläger

geleisteten Dienste kann man sich aber nicht an die einzige Verrichtung des heiligen Abendmahls halten, sondern muß den erwiesenen Umstand ins Auge fassen, daß Kläger langjähriger Beichtvater der Erblasserin war, welcher in mannigfaltigen Krankheiten ihr den heilsamen Trost der Religion darreichte, und der bei ihr in großem Ansehen und freundschaftlicher Achtung stand. Es kommt bei Bemessen der Belohnung für geleistete Dienste nicht sowohl darauf an, was Dritte im gewöhnlichen Leben dafür bezahlen, sondern man muß sich in die Person und in ihre Verhältnisse hineindenken, welche die Dienste empfieng, und die Belohnung dafür ertheilte. Nun war aber die Erblasserin nach allen Umständen des Falls eine sehr religiöse Frau, sie wirft in ihren Testamenten den von ihr und ihrem Mann über die heilige Taufe gehobenen vielen Kindern Legate aus, die durch die Anzahl der Täuflinge bedeutend sind, und da sie mit diesen nur durch das Verhältniß der heiligen Taufe zusammenhängt, so ist dieses ein Beweis, wie viel sie auf Religionsglauben hält, und wie viel Gefühl sie dafür gerade bei ihrem letzten Willen zeigte. Alsdann läßt sich aber ein Vermächtniß von 700 fl. an ihren langjährigen Beichtvater, der ihr bei so großer Religiosität gewiß theuer war, nicht als unangemessen für langjährige geleistete Dienste erachten, indem die Erblasserin diese Dienste freilich in ihrem Dank für die Beruhigung ihres Gewissens, für die ertheilten sichern Hoffnungen auf Jenseits höher hält, als Jener thun würde, der, in unseligem Indifferentismus befangen, dergleichen Dienste nicht beachtet, weil er sie nicht zu brauchen wähnt. Die Erblasserin hat in ihrem Testament einem weltlichen Gönner und Freund ein Legat von 1000 fl. vermacht, und es würde fürwahr Unkenntniß oder Gleichgültigkeit gegen ein religiöses, also heilig zu achtendes Gefühl verrathen, wenn man ein Legat von 700 fl. für einen vieljährigen, eifrigen und getreuen Diener des heiligen Worts bei der Erblasserin zu hoch erachten würde. Und gewiß! bei dem deutlich darliegenden Gemüth der Erblasserin ist es zur Steuer der getreuen Pflichterfüllung des Klägers bewiesen, daß er keine Schritte zur Erreichung eines Legats gemacht, daß er nicht seinen Einfluß auf die Erblasserin als Beichtvater geltend gemacht hat, denn hätte er es gethan, so wäre es ihm wohl ein Leichtes gewesen, mehr zu erhalten. Es kann sonach das Legat nicht als unangemessen der vom Kläger geleisteten Dienste betrachtet werden, und ist daher aufrecht zu erhalten.

Die prozessualische Frage des Rechtsstreits, ob nämlich bei dem hier vom Kläger angetretenen Zeugenbeweis die Schwester des Beklagten vernommen werden konnte, oder nicht vielmehr auf Andringen des Beklagten, Probaten, verworfen werden mußte, betreffend, so wird man allerdings das letztere anzunehmen haben. Es ist zwar richtig, daß in der Regel die im §. 508 der Prozeßordnung benannten Zeugen von jenen producirt werden, mit welchen sie verwandt sind, oder sonst in solchen Beziehungen stehen, aus denen ein unparteiisches Zeugniß nicht zu erwarten ist, und daß sie daher vom Gegentheil aus diesem Grund verworfen werden. Wenn aber eine Partei solche mit dem Gegentheil verwandte Zeugen selbst producirt, so kann sie nicht wohl behaupten, daß nur gegen sie allein der Grund der Verwerflichkeit bestehe, und sie also darauf verzichten könne. Der §. 508 sagt allgemein, auf Antrag der Parteien müssen verworfen werden, und ertheilt also jeder der Parteien das Recht der Verwerfung des Zeugen, ohne Unterschied, ob er zu ihr selbst, oder zum Gegentheil in den Beziehungen des §. 508 steht, was schon deßhalb anzunehmen ist, weil der Zeuge nach §. 483 gemeinschaftlich ist. Es wird auch nirgends zur Ruhe und zum Frieden einer Familie dienen, wenn man ihre Mitglieder gegenseitig zum Zeugnißgeben bringen könnte, und wenn schon der §. 511 solchen Zeugen das Recht giebt, das Zeugniß abzulehnen, so muß man doch wohl, im Fall sie davon keinen Gebrauch machen, den Familiengliedern, über deren Rechtsgeschäfte sie aussagen sollen, auch das Recht gönnen, sie zu verwerfen, man muß dem Vater unbedingt das Recht einräumen, kein Zeugniß seines Sohnes, weder für noch gegen sich anzunehmen, was ja auch die Nr. 1 des §. 508 deutlich genug ausdrückt, indem sie sagt, daß die Verwandten und Verschwägerten der einen oder der andern Partei auf Antrag der Parteien zu verwerfen sind. Uebrigens wird es darauf nicht ankommen, da der erhobene Beweis in sich selbst nicht zu berücksichtigen ist. Sander.

IV.

Hofgericht des Oberrheins.

Rechtsfall. Simulirte Urkunde. In wie fern dießfalls Zeugen und anderer Beweis zuläßig sei.

Kläger hatte an Beklagten einige Grundstücke, auf denen der Schwiegermutter des Erstern die lebtägliche Nutznießung zustand, um 460 fl. verkauft, woran 200 fl. sogleich durch Schuldenübernahme, die übrigen 260 fl. aber erst nach dem Tode der Nutznießerin abgeführt werden sollten, die bis jetzt noch am Leben ist. Es hatte aber der Verkäufer dem Käufer eine Quittung ausgestellt, worin er den Empfang der 260 fl. bescheint, und bis zum Tode der Mutter dem Käufer den Zins daran zu vergüten verspricht. Diese Quittung forderte nun der Verkäufer mittelst Klage zurück, weil er solche bloß nur zum Schein ausgestellt und das Geld nicht empfangen habe. Es hätte nämlich, behauptete er, der Käufer gleich nach dem Kauf eine Obligation ausstellen sollen, weil sich aber das Pfandgericht geweigert, die gekauften Güter einsetzen zu lassen, ehe nicht die Bezahlung des Kaufschillings nachgewiesen worden, so habe Käufer ihn angegangen, ihm über diese Zahlung einstweilen einen Schein bloß zu dem Gebrauche zuzustellen, solchen der Pfandschreiberei zur Bewirkung der Verpfändung der gekauften Güter vorweisen zu können, wo ihm sodann die Quittung wieder zurückgestellt werden solle. Beklagter weigere sich aber dessen und wolle vielmehr den Schein geltend machen, daher Kläger bitte, ihn zu dessen Rückgabe anzuhalten. Beklagter widersprach diesem allem, behauptete, den Kaufschillingsrest per 260 fl., obwohl solcher noch nicht verfallen gewesen, wirklich bezahlt zu haben, weßwegen aber auch im Schein die Vergütung des Zinses

von diesen 260 fl. bis zum Tode der Mutter bedungen worden sei. Das Amt erkannte gegen den Kläger auf Beweis, daß die Quittung bloß nur zum Schein ohne Zahlung ausgestellt worden sei. Dieser wies hierauf nach, daß Kläger um die Zeit der Ausstellung der Quittung eine Obligation habe fertigen lassen, und das Pfandgericht die gekauften Güter nicht eher habe einsetzen wollen, als bis die Tilgung des darauf gehafteten Kaufschillings nachgewiesen worden, führte dann noch einige Umstände an, die als Vermuthung dienen sollten, auf die Sache jedoch nicht relevirten, und schob in eventum dem Beklagten den negativen Haupteid über die behaupte Simulation zu, welchen dieser aber anzunehmen sich nicht für schuldig erachten wollte, da er eine als ächt anerkannte, somit voll beweisende Urkunde für sich habe. Das Amt wies durch Bescheid den Kläger mit seiner Klage lediglich ab, welcher die Berufung dagegen ergriff und in zweiter Instanz das abändernde Erkenntniß erwirkte: Würde Beklagter, Appellat, den ihm vom Kläger, Appellanten, zugeschobenen Haupteid vor dem Unterrichter in der von diesem zu bestimmenden Tagfahrt dahin abschwören, daß er den Kläger nicht ersucht und dahin gebracht habe, ihm eine Quittung über 260 fl. nur zum Schein, und ohne deren Zahlung bloß zum Behufe der Verpfändung der gekauften Güter auszustellen, und daß er, Beklagter, dagegen nicht versprochen habe, von diesem Schein gegen Kläger keinen Gebrauch zu machen, sondern die Zahlung der 260 fl. zur Verfallzeit richtig abzuführen; so sei unter Verfällung des Appellanten auch in die Kosten dieser Instanz der amtliche Bescheid zu bestätigen; würde Beklagter hingegen diesen Eid nicht leisten, so sei er unter Tragung der Kosten für schuldig zu erklären, die ihm vom Kläger ausgestellte Quittung über 260 fl. als unwirksam und und ungültig zurückzustellen. Diesem Urtheile sind folgende Entscheidungsgründe unterlegt: Es hat zwar Kläger zugegeben, daß die Quittung über den Kaufschillingsrest per 260 fl. von ihm an Beklagten ausgestellt worden sei. Wenn derselbe dabei nun behauptet, daß dieses nur auf des Letztern Zudringlichkeit bloß zum Schein und zu dem Zwecke geschehen sei, damit derselbe zur Deckung eines zu machenden Anleihens die gekauften Güter versetzen könne, deren Verpfändung das Pfandgericht ohne Ausweis der Abführung des eingetragenen Kaufschillingsrestes verweigert gehabt, daß somit er, Kläger, keine Zahlung erhalten, und Beklagter ihm betheuert habe, von dieser ihm nur zu einem vorübergehen Zweck eingehändigten Quittung gegen ihn, Kläger, keinen Gebrauch zu machen, sondern alsbald wieder zurückzustellen; so hat er diese Simulation gehörig zu beweisen, wobei zuerst die Frage entsteht, welche Beweismittel dießfalls zulässig seien, und ob nach Annahme des Unterrichters der L. R. S. 1341 hier seine Anwendung finde? Es wird zwar von Brauer zu diesem Artikel behauptet, daß gegen eine verkleidete Urkunde nur durch schriftlichen Gegenvertrag der Beweis des wahren Vertragsinhalts geführt werden dürfe, und ein Beweis durch Zeugen, weil ein solcher immer gegen den Inhalt der Urkunde gerichtet seyn würde, nicht zuläßig sei. Allein! wenn dies an sich auch in obstracto richtig ist; so handelt es sich in dem vorliegenden Falle nicht darum, daß durch die Urkunde ein zwischen den Parteien getroffenes anderes Geschäft verschleiert, und gegen deren Inhalt eine andere Stipulation dargethan werden solle, sondern es will die Substanz der Urkunde an sich angegriffen, solche als ein Scheinwerk zur Erreichung eines andern Zweckes gegen einen Dritten, und zwischen den Parteien als ein völliges Nichts dargestellt werden, aus dem zwischen ihnen nie eine rechtliche Folge entstehen können, und in dieser Beziehung läßt sich dann auch nicht sagen, der Zeugenbeweis wäre, gegen deren Inhalt, auf etwas diesem Gegenüberstehenden gerichtet, vielmehr ist es gerade so viel, als ob die Falschheit der Urkunde, oder daß solche auf einer unerlaubten Ursache beruhe, behauptet würde; indem sowohl nach der Intention des Ausstellers als des Empfängers die Quittung nur als ein falsches Zeugniß gegen die Pfandschreiberei dienen, eine Quittung gegen Dritte bloß scheinbar vorstellen, nicht aber unter den Parteien als eine solche wirklich gelten sollen. Nur in so weit, als zwischen Vertragspersonen durch den simulirten Act ein anderes Rechtsgeschäft, andere Stipulationen verdeckt werden wollten, ließe bezüglich auf den zu führenden Beweis sich auf L. R. S. 1341 etwa berufen, nicht aber da, wo die Urkunde an sich selbst auf einer ganz simulirten Beweggursache beruhen, daher nichts als ein Scheinwerk seyn soll, in welch letzterem Falle daher auch nach französischer Jurisprudenz der Beweis der Simulation durch Zeugen rc. geführt werden darf. (Jurisprud. de la cour de cassation P. I. pag 214 et 249.) Es ist demnach in gegenwärtigem Falle jedes Beweismittel über die bloß zum Schein geschehene Ausstellung der Quittung zuläßig; hingegen der vom Kläger auf das Beweisinterlocut durch Vermuthungen und Zeugen angetretene, in zweiter Instanz wiederholte Beweis für nicht erheblich zu halten; denn, obwohl richtig ist, daß Beklagter um diese Zeit die gekauften Güter versetzen und sich das Pfandgericht ohne Ausweis der Zahlung des Kaufschillingsrestes dazu nicht verstehen wollte, daß dann bald nach ausgestellter Quittung der Versatz jener Güter wirklich erfolgte, und daß der Kaufschillingsrest noch nicht verfallen war, weil die Nutznießerin der Güter noch lebte; so wird die hieraus gegen die Zahlung entspringende Vermuthung dadurch entkräftet, daß Kläger nach Inhalt der Quittung es über sich nahm, dem Beklagten von den 260 fl. bis zum Tode der Nutznießerin den Zins alljährlich zu bezahlen, welche Bedingung zu einer Ausstellung der Quittung bloß zum Schein nicht paßt, überhaupt zu dem gesuchten Zweck die Ausstellung einer Quittung nicht nothwendig gewesen wäre, da ein Verzicht von Seite des Verkäufers auf sein Pfandrecht genügt hätte. Es liegt daher nicht so viele Vermuthung vor, um den Kläger zum Notheid zulassen zu können, und was den angetretenen Zeugenbeweis betrifft, so geht dessen Unerheblichkeit daraus hervor, daß durch solchen mehr nicht als die Thatsachen, die zu obiger Vermuthung führen, dargelegt werden sollen, keineswegs aber das Zustandekommen des Scheinactes selbst. Es hat aber Kläger sich des weitern Beweismittels der Zuschiebung des negativen Haupteides an Beklagten über die behauptete Entstehungsweise der Quittung als eines Scheinwerks bedient, und da der obigen Ausführung zufolge jedes Beweismittel für zuläßig zu halten, die Eidesformel aber erschöpfend ist; so mußte auf diesen Haupteid erkannt werden.

Merk.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 1. November 1834.

Entwurf eines Gesetzes über Zwangsabtretungen zum öffentlichen Nutzen *).

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

§. 1. Eine zwangsweise Abtretung von Eigenthums- und andern Rechten an unbeweglichen Sachen hat Statt, wenn ein öffentlicher Zweck, sei es zum unmittelbaren Vortheil des Staates, einer Staatsanstalt, oder einer Gemeinde, es erfordert, und zum Voraus dafür Entschädigung geleistet wird.

Alles, was in diesem Gesetze von der das öffentliche Interesse vertretenden Verwaltungsbehörde gesagt ist, gilt auch von Denjenigen, auf welche der Staat zum Zwecke einer öffentlichen Unternehmung seine Rechte in Beziehung auf Zwangsabtretungen überträgt, oder welche die Ausführung öffentlicher Unternehmungen in Accord genommen haben.

§. 2. Die Abtretung kann nur in den durch gegenwärtiges Gesetz bestimmten Formen gefordert werden.

Auf die Nothfälle, in welchen im Kriege, oder bei einem Brande, bei einer Ueberschwemmung u. dgl. ein augenblicklicher Angriff fremden Eigenthums im öffentlichen Interesse nothwendig ist, findet dieses Gesetz keine Anwendung. Jedoch wird auch hier, sofern es sich nicht um eine nach den Gesetzen unentgeltlich zu tragende Last handelt, die nachfolgende Entschädigung nach den Bestimmungen dieses Gesetzes ausgemittelt und geleistet.

Zweiter Titel.

Feststellung der Abtretungsverbindlichkeit.

§. 3. Ist ein öffentliches Unternehmen, zu dessen Ausführung eine Abtretung fremden Eigenthums erfordert wird, von der competenten Behörde beschlossen, so übergiebt die mit der Ausführung desselben beauftragte Verwaltungsbehörde, sofern sie mit den Betheiligten über die Abtretung und die Bedingungen derselben nicht einig wird, dem Bezirksamte einen geometrischen Plan, welcher die nach ihrem Ermessen zur Ausführung des Unternehmens abzutretenden Liegenschaften nebst deren Umgebungen darstellt.

§. 4. Auf diesem Plane (§. 3) müssen die Grundstücke und Gebäude, deren Abtretung begehrt wird, besonders bezeichnet, und dabei außer den von der Verwaltung dafür angebotenen Preisen auch die Eigenthümer und Nutzeigenthümer derselben, wie sie nach einem, dem Plane beizulegenden beglaubigten Auszuge in dem Grundbuche erscheinen, bemerkt seyn.

Wenn das Eigenthum von Grundstücken und Gebäuden, deren Verwendung zu den angeordneten öffentlichen Anlagen oder Arbeiten nöthig erachtet wird, der die Anlagen oder Arbeiten unternehmenden Staatscasse, Staatsanstalt, oder Gemeinde selbst gehört, diese Grundstücke oder Gebäude aber mit fremder Nutznießung, Dienstbarkeiten oder andern dinglichen Rechten Dritter belastet sind, so werden die Inhaber dieser letzteren Berechtigungen neben dem Eigenthümer auf dem Plane bemerkt. Dasselbe geschieht hinsichtlich der Inhaber derjenigen Berechtigungen, deren gänzliche oder theilweise Abtretung zur Ausführung der angeordneten Anlagen oder Arbeiten nöthig erachtet wird, ohne daß dazu auch das Grundstück oder Gebäude, worauf sie ruhten, selbst erforderlich wäre.

In diesen beiden Fällen gilt alles, was in diesem Gesetze von dem Eigenthümer eines abzutretenden Guts gesagt ist, auch von den hier bezeichneten Berechtigungsinhabern, so wie überall, wo von Eigenthümern die Rede ist, auch der Nutzeigenthümer darunter begriffen wird.

§. 5. Erstreckt sich die Unternehmung auf die Gemarkungen verschiedener Gemeinden, so ist für jede Gemeinde ein besonderer Plan zu übergeben.

§. 6. Nach Empfang des Plans stellt das Bezirksamt denselben dem Bürgermeister der betreffenden Gemeinde zu und ordnet eine Tagfahrt an, wobei die Nothwendigkeit der in Antrag gebrachten Abtretungen durch eine Commission geprüft werden soll.

§. 7. Der Bürgermeister schlägt eine Abschrift der die

*) Beurtheilungen dieses Entwurfes oder einzelner Bestimmungen desselben mit Vorschlägen von Abänderungen werden bereitwillige Aufnahme finden. D. R.

Tagfahrt anordnenden bezirksamtlichen Verfügung am Rathhause an, läßt die nach §. 4 auf dem Plane bemerkten Eigenthümer, beziehungsweise die Verwalter oder sonstigen Vertreter derselben, nach dem zehnten Titel der Prozeßordnung gegen Bescheinigung zur Tagfahrt besonders vorladen, und legt inzwischen den Plan zu Jedermanns Einsicht im Rathhause nieder.

Vom öffentlichen Anschlag der amtlichen Verfügung, von der speciellen Vorladung der bemerkten Eigenthümer und von der Auflegung des Plans an müssen bis zur Tagfahrt wenigstens fünf Tage in der Mitte liegen.

§. 8. Die im §. 6 erwähnte Commission besteht:

1) aus dem Bezirksbeamten oder dessen Stellvertreter,

2) aus einem mit der Ausführung des Unternehmens beauftragten Ingenieur, Baumeister oder Werkmeister,

3) aus dem Bürgermeister der betreffenden Gemeinde, oder dem Stellvertreter desselben,

4) aus zwei weitern von dem Bürgermeister dazu beizuziehenden Mitgliedern des Gemeinderaths.

§. 9. Die auf dem Plane bemerkten Eigenthümer können nicht Mitglieder der im vorhergehenden Paragraphen erwähnten Commission seyn. Können wegen Verhinderung oder Betheiligung von Mitgliedern des Gemeinderaths nicht wenigstens zwei derselben außer dem etwa nöthigen Stellvertreter des Bürgermeisters zur Commission gezogen werden, so treten Mitglieder des Ausschusses, und bei deren gleichmäßigen Verhinderung oder Betheiligung nach der Bestimmung des Bezirksamts andere Bürger an ihre Stelle.

Befindet sich die Gemeinde unter den Eigenthümern, oder macht sie selbst die Unternehmung, für welche eine Abtretung begehrt wird, so bleibt gleichwohl der Bürgermeister Mitglied der Commission, statt der beiden Gemeinderäthe (§. 8 Nr. 4) zieht aber das Bezirksamt zwei Bürgermeister oder Gemeinderäthe benachbarter Gemeinden bei.

§. 10. Die Tagfahrt wird in der Gemeinde, in der die abzutretenden Güter liegen, oder doch in der Nähe derselben abgehalten.

Die Commission prüft dabei, welche Liegenschaften zur Ausführung des angeordneten Unternehmens erforderlich seien, und nimmt zu diesem Zwecke, wo es ihr angemessen scheint, Augenscheine ein.

Sie vernimmt Alle, welche auf die nach §. 7 an sie ergangene Vorladung erschienen sind, und hört die sich etwa meldenden andern Betheiligten, die als Nutznießer, oder wegen anderer dinglicher Rechte an den von Dritten abzutretenden Liegenschaften Einsprache machen.

§. 11. Werden bei der Tagfahrt für die Anlagen oder Arbeiten andere, als die auf dem Plane dazu bezeichneten Grundstücke oder Gebäude vorgeschlagen, so wird die Commission, sofern sie diese Vorschläge nicht als offenbar verwerflich erkennt, auch die nach Umständen sogleich vorzuladenden Eigenthümer der neu vorgeschlagenen Güter, so wie die etwa sich meldenden andern Betheiligten darüber vernehmen.

§. 12. Die Commission versucht, über die Abtretungen und deren Preise ein Uebereinkommen zu Stande zu bringen. Die Verwaltungsbehörde, beziehungsweise Derjenige, der als mit der Ausführung des Unternehmens beauftragt, nach §. 8 Mitglied der Commission ist, wird ermächtigt, im Wege der Güte ein Fünftel über den wahren Werth anzubieten.

Kommt zwar keine Vereinbarung über den Preis der abzutretenden Güter zu Stande, erklären aber die im §. 4 erwähnten Eigenthümer, daß sie gegen eine gerichtlich auszutragende Entschädigung zur Abtretung bereit seien, so hat diese von der Commission zu Protocoll zu nehmende Erklärung dieselbe Wirkung, wie wenn die Verbindlichkeit zur Abtretung in gesetzlicher Form (§. 13 und 14) ausgesprochen worden wäre.

§. 13. Kommt eine Vereinbarung nach Maßgabe des vorhergehenden Paragraphen nicht zu Stande, so hat die Commission nach vollendeten Erörterungen, welche sie nöthigenfalls unterbrechen und auch am Amtssitze fortsetzen kann, zu begutachten, ob und welche bestimmte Liegenschaften zum Zwecke des angeordneten Unternehmens abgetreten werden sollen. Sie legt die Acten sammt dem Plane, auf welchem die zur Abtretung begutachteten Liegenschaften zu bezeichnen sind, mit ihren Anträgen der Kreisregierung vor, welche dieselben nach etwaigen weitern Erhebungen oder Communicationen mit ihrem Antrag dem Ministerium des Innern und durch dieses dem Staatsministerium zur Entscheidung, ob und welche Güter abzutreten seien, vorlegt. Das Erkenntniß des Staatsministeriums hat die abzutretenden Liegenschaften genau zu bezeichnen und ist durch das Anzeigeblatt des betreffenden Kreises bekannt zu machen.

§. 14. Bei militärischen Anlagen und Arbeiten finden die Vorschriften der §§. 3—11 und §. 13 keine Anwendung.

Das Kriegsministerium läßt durch eine von ihm ernannte Commission mit Beizug der betreffenden Behörden die Localitäten untersuchen. Die Commission läßt ihr Erscheinen und den Zweck desselben zum Voraus oder spätestens bei ihrem Eintreffen durch die Bürgermeister in den Gemeinden bekannt machen, und prüft sodann die etwa unaufgefordert erfolgenden Vorstellungen der Betheiligten.

Weiterer Förmlichkeiten bedarf es nicht.

Die durch das Kriegsministerium einzuholende Entscheidung des Staatsministeriums hat übrigens auch hier die abzutretenden Liegenschaften genau zu bezeichnen und ist im Anzeigeblatt des betreffenden Kreises bekannt zu machen.

§. 15. Ist nach Maßgabe des §. 12 mit Vorbehalt der richterlichen Entscheidung über die Entschädigung eine Ver-

einbarung über die Abtretung zu Stande gekommen, so läßt die Verwaltungsbehörde auch diese Vereinbarung statt des Abtretungserkenntnisses (§. 13 und 14) durch das Anzeigeblatt bekannt machen, um darauf das Verfahren über die Entschädigung einzuleiten.

§. 16. Handelt es sich nicht um ein öffentliches Unternehmen, zu dessen Ausführung eine Zwangsabtretung erforderlich ist, sondern soll nur nach Maßgabe des §. 135 des Forstgesetzes vom 15. Novbr. 1833 oder des §. 95 des Gemeindegesetzes vom 28. Decbr. 1831 eine Berechtigung an einem Grundstücke zur Befreiung des letztern im öffentlichen Interesse aufgehoben werden, so finden die Bestimmungen der §§. 4 — 11, 13 — 15 keine Anwendung, sondern auf den vom Gutseigenthümer gestellten Antrag erhebt das Bezirksamt durch Vernehmung der Betheiligten, so wie des betreffenden Gemeinderaths, und nach Umständen weiterer Sachverständigen die Vortheile und Nachtheile der Aufhebung der in Frage stehenden Berechtigung und legt die Acten mit seinem Gutachten der Kreisregierung vor, welche sodann die Entscheidung des Staatsministeriums über die Frage, ob die Berechtigung aufzuheben sei? einholt.

§. 17. Das gleiche Verfahren (§. 16) tritt ein, wenn in einem Orte darauf angetragen wird, eine Fläche allgemein zu Bauplätzen in der Art zu bestimmen, daß Jeder, der nach polizeilichen Vorschriften darauf bauen will, zu diesem Zwecke die Abtretung verlangen könne.

Jedoch ist in solchen Fällen das Erkenntniß des Staatsministeriums, daß und welche Güter als Bauplätze der Zwangsabtretung unterworfen seyn sollen, durch das Kreisanzeigeblatt bekannt zu machen, und der über diese Bauplätze zu fertigende geometrische Plan in dem Rathhause der Gemeinde zur Einsicht der Betheiligten niederzulegen.

Dritter Titel.

Von der Entschädigung.

I. Capitel.

Grundsätze der Schadensberechnung.

§. 18. Bei der Schadensberechnung wird der Werth, den die Liegenschaft nach ihrer örtlichen Lage und Beschaffenheit zur Zeit der Abtretung im Falle einer Veräußerung haben würde, zur Grundlage genommen.

Außer dem allgemeinen Werthe wird auch dasjenige, was dem Inhaber nach seinen gewerblichen und andern Verhältnissen noch besondern öconomischen Vortheil brachte, in Anschlag gebracht.

Ist die Liegenschaft verpachtet, so wird bei Ausmittlung des Werths auch auf den bedungenen Pachtzins Rücksicht genommen, die Entschädigung des Pächters aber wie bei freiwilligen Veräußerungen nach den L. R. S. 1745—1747 bemessen, im Falle des Satzes 1746 jedoch nie höher als zu dem dreifachen Betrage des jährlichen Pachtzinses angenommen. Wenn Grunddienstbarkeiten auf einer Liegenschaft ruhen, und nach deren Abtretung ohne wesentliche Erschwerung nicht mehr ausgeübt werden können, so wird der dem Berechtigten zu ersetzende Werth derselben so, wie er sich in besonderer Hinsicht auf das herrschende Gut darstellt, angenommen, und unabhängig hievon der Werth des dienenden Guts, wie er sich unter Berücksichtigung der darauf ruhenden Dienstbarkeitslast ergibt, besonders angeschlagen.

§. 19. Ist nur ein Theil einer Liegenschaft abzutreten, so wird auch darauf Rücksicht genommen, ob der übrig bleibende Theil an seinem Werthe für den Inhaber nach allen obwaltenden Umständen durch die Trennung gewinne oder verliere.

§. 20. Da, wo nur ein Theil eines Gebäudes zu der angeordneten Unternehmung erforderlich und nach §. 12, 13 oder 14 zur Abtretung bestimmt ist, kann gleichwohl der Eigenthümer verlangen, daß ihm auch der übrige Theil des Gebäudes abgenommen und für das Ganze Entschädigung geleistet werde.

§. 21. Auch da, wo eines von mehreren zu demselben Gewerbsbetrieb gehörigen Gebäuden, oder ein zum Betrieb des Gewerbs erforderlicher Platz abgetreten werden soll, kann der Eigenthümer verlangen, daß ihm das Ganze, das zu demselben Betriebe gehört, abgenommen werde, wenn ihm durch die Lostrennung des abzutretenden Theils der Betrieb des Gewerbs unmöglich gemacht, oder doch wesentlich erschwert würde, ohne daß das Hinderniß durch eine angemessene Einrichtung beseitigt werden könnte.

§. 22. Bei andern Gütern, wenn sie gleich zu einem und demselben landwirthschaftlichen Betriebe gehören, und durch Abtretung eines Theils derselben zerstückelt würden, kann der Eigenthümer dennoch nicht fordern, daß ihm das Ganze abgenommen werde, sondern nur, daß er außer dem Werthe des Abzutretenden nach §. 19 auch eine Vergütung für dasjenige erhalte, um was der übrig bleibende Theil wegen Erschwerung des Anbaues, oder aus andern Gründen für sich selbst noch an Werth verliert. Wenn jedoch dieser übrig bleibende Theil mehr als ein Viertel seines Werthes verliert, so kann die Verwaltungsbehörde, wenn sie den Minderwerth nicht ersetzen will, gegen Entschädigung die Abtretung des ganzen Guts verlangen.

§. 23. Soll nur eine Berechtigung, z. B. ein Wasserrecht abgetreten werden, so kann der Eigenthümer (§. 4) fordern, daß ihm die Liegenschaft, zu deren Vortheil seine Berechtigung besteht, z. B. die Mühle, selbst abgenommen werde, wenn dieselbe durch Entziehung der Berechtigung zu ihrer Bestimmung unbrauchbar, oder doch ihr Betrieb dadurch wesentlich erschwert, oder ihr Ertrag wesentlich vermindert würde.

§. 24. Die nach den §§. 20, 21 und 23 dem Eigenthümer einer Liegenschaft zustehende Befugniß kommt da, wo ein nach L. R. S. 577 a. b. zertheiltes Eigenthum vorhanden ist, nur dem Nutzeigenthümer zu.

Bloße Nutznießer und solche, welche andere Rechte an der von Dritten abzutretenden Liegenschaft haben, können diese Befugniß nicht geltend machen. Inhaber von Grunddienstbarkeiten können jedoch, wenn ihnen die Ausübung derselben auf dem übrig bleibenden Theile des Guts wesentlich erschwert wäre, die Dienstbarkeit ganz aufgeben, und dafür Ersatz fordern, was nach §. 18 bei Feststellung der Entschädigungssumme für den abzutretenden Theil der Liegenschaft in Anschlag zu bringen ist.

§. 25. Ist sowohl der nach dem Erkenntnisse des Staatsministeriums (§. 13, 14 und 17) oder nach einer dasselbe ersetzenden Vereinbarung (§. 15) abzutretende Theil einer Liegenschaft, als derjenige, dessen gleichmäßige Uebernahme gegen Entschädigung der Eigenthümer nach den Bestimmungen der §§. 20, 21 und 23 zu verlangen berechtigt wäre, an eine und dieselbe Person in Pacht gegeben, so kann der Pächter, wenn der Eigenthümer von dieser seiner Befugniß keinen Gebrauch macht, auch hinsichtlich derjenigen Liegenschaft, beziehungsweise hinsichtlich desjenigen Theils derselben, hinsichtlich dessen der Eigenthümer nach den §§. 20, 21 und 23 die Uebernahme fordern könnte, die Aufhebung des Pachts begehren, ohne jedoch in diesem Falle auch hinsichtlich dieses letztern, dem Eigenthümer verbleibenden Antheils die im §. 18 erwähnte Pachtentschädigung ansprechen zu können.

§. 26. Will der Inhaber einer Liegenschaft erst zu einer Zeit, da ihm die Absicht der Verwaltungsbehörde, sein Gut oder Gebäude zu einem bereits angeordneten öffentlichen Unternehmen zu erwerben, schon bekannt gemacht, oder er zur Vernehmung über die Abtretung doch schon vorgeladen wurde, Neubauten oder andere mit bedeutendem Kostenaufwande verbundene Veränderungen auf oder an jenem Grundstück oder Gebäude vornehmen, so hat er hievon wenigstens drei Wochen vor dem Beginn der deßfallsigen Arbeiten der mit Ausführung des öffentlichen Unternehmens beauftragten Verwaltungsbehörde die Anzeige zu machen; andernfalls werden die von ihm auf die Bauten oder sonstigen Veränderungen aufgewendeten Kosten im Falle der wirklichen Abtretung bei Feststellung der Entschädigung nicht berücksichtigt, ausgenommen, so weit sie auch für den öffentlichen Zweck, für welchen die Abtretung geschieht, selbst den Werth erhöhen.

Auch Pachtverträge, welche erst nach dem erwähnten Zeitpunkte eingegangen wurden, oder doch nicht vorher schon sichern Jahr und Tag hatten, werden bei Festsetzung der Entschädigung (§. 18) nicht berücksichtigt. Dasselbe gilt von Verträgen, durch welche Grunddienstbarkeiten auf das abzutretende Gut gelegt wurden.

§. 27. Die in dem vorhergehenden Paragraphen festgesetzte Verbindlichkeit einer Anzeige beabsichtigter Veränderungen hört auf, wenn seit dem Abtretungserkenntnisse (§. 13, 14 und 17) oder wo ein solches nicht erfolgte, seit der im §. 7 erwähnten Bekanntmachung ein Jahr umlaufen ist, vorbehaltlich der auch nach Ablauf dieser Frist noch einzuholenden polizeilichen Baubewilligung, wenn in Städten, wo Güter zu Bauplätzen bestimmt sind, der Eigenthümer selbst darauf bauen will.

§. 28. Von der Summe, welche nach Vorschrift der voranstehenden §§. 18—27 als Schaden geschätzt wird, ist noch der zehnte Theil als Aufbesserung der Entschädigungssumme beizuschlagen.

In dem Falle des §. 21 wird jedoch diese Aufbesserung nur von dem Werthe desjenigen Theils, hinsichtlich dessen die Abtretung gefordert wird, und nicht auch hinsichtlich derjenigen Gebäude und Plätze, hinsichtlich deren der Eigenthümer die gleichmäßige Uebernahme verlangt, berechnet, und der ganzen Entschädigungssumme beigeschlagen.

§. 29. Die Nutznießungs-, Nutzungs- und Wohnungsrechte (L. R. S. 578—624 und 625—636) an der abzutretenden Liegenschaft, und die auf derselben haftenden Gilten und Grundzinse werden bei Berechnung der Entschädigung nicht berücksichtigt.

Das Nutznießungsrecht, wohin auch das Recht des Todbeständers gehört, geht auf die Entschädigungssumme über, und für das Nutzungs- und Wohnungsrecht, so weit es durch die Eigenthumsabtretung aufgehoben oder geschmälert wird, ist, wo die Betheiligten nichts Anderes verabreden, aus der Entschädigungssumme eine jährliche Vergütung zu leisten, für die Gilten und Zinsen aber ein nach dem Gesetze vom 5. Octbr. 1820 zu bemessendes Ablösungscapital daraus zu bezahlen.

Für das Zehntrecht am abgetretenen Gute wird keine Entschädigung geleistet.

II. Capitel.

Verfahren zur Bestimmung der Entschädigung.

§. 30. Zur Zahlung und in Folge dieser zur Wegnahme des nach Vorschrift der §§. 12—17 abzutretenden Guts ist die Verwaltungsbehörde erst alsdann ermächtigt, wenn sie vorher

1) mit den Betheiligten über die ganze Entschädigungssumme übereingekommen, oder diese
2) durch Urtheil oder
3) einstweilige Verfügung des Richters festgestellt ist.

Bestimmung der Entschädigung durch Uebereinkommen.

§. 31. Ein Uebereinkommen ermächtigt die Verwaltungsbehörde zur Zahlung mit den im vierten Titel bezeichneten Wirkungen nur alsdann, wenn dasselbe unter Zustimmung aller Betheiligten (§. 32) in eine Staatsschreibereiurkunde gebracht ist.

§. 32. Der Gemeinderath des Orts, in welchem das abzutretende Gut liegt, stellt auf Verlangen der Verwaltungsbehörde ein Zeugniß aus, welches hinsichtlich jedes einzelnen abzutretenden Guts enthält:

1) wer der Eigenthümer, oder
2) bei zertheiltem Eigenthum, wer der Grundeigenthümer und wer der Nutzeigenthümer sei, sodann
3) wem etwa ein Nutznießungsrecht,
4) ein Nutzungs- oder
5) Wohnungsrecht,
6) ein Grunddienstbarkeitsrecht, und welches daran zustehe,
7) wer davon Gilten oder Grundzinse zu beziehen habe,
8) ob, und an wen es verpachtet oder vermiethet sei,
9) welche Vorzugs- und Unterpfandsgläubiger und mit welchen Summen darauf eingetragen seien,
10) welche andere von der Eintragung befreite Vorzugs- und Unterpfandsrechte (insbesondere der Ehefrauen und Mündel) darauf ruhen, endlich
11) wem sonst noch Rechte, und welche an dem abzutretenden Gute zustehen.

§. 33. Der Gemeinderath fertigt das im vorhergehenden Paragraphen erwähnte Zeugniß nach Maßgabe des Grund- und Pfandbuchs, und so weit hieraus das eine oder andere der bezeichneten Verhältnisse nicht hervorgeht, nach seiner sonstigen Kenntniß, wie er sie aus Acten, oder aus der etwaigen Vernehmung des Eigenthümers oder auf andere Weise erlangt hat.

Der Gemeinderath läßt dieses Zeugniß an dem Rathhause öffentlich anschlagen mit der Aufforderung, daß Diejenigen, welche außer den darin Aufgeführten noch weitere Rechte an dem abzutretenden Gute ansprechen, solche innerhalb acht Tagen dem Gemeinderath anzuzeigen haben, widrigenfalls sie damit unter Vorbehalt etwaiger persönlicher Verbindlichkeiten des Eigenthümers bei der Abtretung des Guts und Auszahlung des Preises nicht berücksichtigt werden.

Nach Ablauf von acht Tagen setzt der Gemeinderath die Ansprüche Derjenigen, die sich der ergangenen Aufforderung zufolge in der Zwischenzeit noch meldeten, oder etwa erst Vorzugs- oder Unterpfandsrechte eintragen ließen, nachträglich auf das Zeugniß, und macht im Grundbuch einen Eintrag, daß das in Frage stehende Gut zur Zwangsabtretung bestimmt und über die darauf ruhenden Lasten ein Zeugniß ausgestellt worden sei.

Am Schlusse des Zeugnisses bescheinigt der Gemeinderath alsdann noch, daß dasselbe acht Tage öffentlich angeschlagen gewesen sei, aber keine weitere Ansprüche angemeldet wurden, und daß nun auch die Bestimmung des Guts zur Zwangsabtretung im Grundbuch vorgemerkt sei, worauf er dieses Zeugniß der Verwaltungsbehörde zustellt, welche dasselbe im Falle einer Uebereinkunft der im §. 31 erwähnten Vertragsurkunde, in der sich darauf bezogen wird, beilegt.

§. 34. Sind Güter von Minderjährigen, oder solche, welche zur Ehesteuer gegeben sind, oder andere Güter, deren Veräußerung sonst gar nicht, oder nur im Versteigerungszwangswege, oder unter andern Voraussetzungen geschehen darf, nach dem Erkenntnisse des Staatsministeriums (§. 13, 14 und 17) oder nach einer gemäß dem §. 15 im Anzeigeblatt verkündeten Vereinbarung abzutreten, so können die Betheiligten, beziehungsweise ihre Vertreter, auch ohne die Bedingungen einer Liegenschaftsveräußerung und ohne die Formen einer solchen wegen Festsetzung der Entschädigungssumme gültige Verträge schließen.

Bestimmung der Entschädigung durch richterliches Urtheil.

§. 35. Kommt eine Uebereinkunft nicht zu Stand, oder will die Verwaltungsbehörde von dem Versuche einer solchen Umgang nehmen, oder etwa deßfalls eingeleitete Unterhandlungen abbrechen, so kann sich dieselbe wegen Festsetzung der Entschädigungssumme an das Untergericht, in dessen Bezirk das abzutretende Gut, oder der größte Theil desselben liegt, wenden, wobei sie

1) unter Hinweisung auf die im Anzeigeblatt verkündete (§§. 13, 14, 15 und 17) oder im Falle des §. 16 in beglaubigter Abschrift vorzulegende Entscheidung oder Vereinbarung über die Abtretung,
2) das im §. 32 und 33 erwähnte Zeugniß des Gemeinderaths
3) nebst ihren etwaigen Beweismitteln über den Werth des abzutretenden Guts übergibt,
4) und erklärt, wie viel sie für letzteres zu zahlen bereit sei,
5) mit dem Antrag, daß der Eigenthümer und die im Zeugniß des Gemeinderaths (§. 32 und 33) angegebenen übrigen Betheiligten zur Abtretung desselben um die angebotene Summe für schuldig erklärt werden.

Die Verwaltungsbehörde ist hiebei an das früher bei dem Versuche der Güte gemachte, etwa höhere, Angebot nicht mehr gebunden.

§. 36. Sind Güter verschiedener Eigenthümer abzutreten, so kann die Verwaltungsbehörde diese letztern, so weit die

abzutretenden Güter ununterbrochen zusammenhängen, gemeinschaftlich belangen.

Der Richter kann jedoch, insbesondere wo jene Güter verschiedener Natur sind, oder bei den Einzelnen derselben besondere auf die Werthsbestimmung einwirkende Verhältnisse eintreten, die Verhandlung gegen einzelne Beklagte trennen, hat aber auch in diesem Falle, soweit thunlich, zur Ersparung der Kosten für die Vornahme der Augenscheine und für die Abschätzungen hinsichtlich aller Beklagten dieselben Tagfahrten anzuordnen.

§. 37. Die im §. 35 bezeichnete Klage ist nur zuläßig, wenn sie vor Ablauf eines Jahres nach erfolgter Entscheidung oder Vereinbarung über die Abtretung angebracht wird, oder, wenn nach Umlauf dieser Frist damit zugleich eine neuerliche Verfügung des Staatsministeriums, daß die angeordnete Unternehmung ausgeführt, und die nach einer frühern Verkündung (§. 13, 14 und 15) dazu bestimmten Güter abgetreten werden sollen, vorgelegt wird.

Nur hinsichtlich der zur Vergrößerung einer Stadt bestimmten Bauplätze (§. 17) findet auch nach Ablauf eines Jahres, so lange nicht der festgesetzte Bauplan durch eine Verfügung des Staatsministeriums wieder aufgehoben ist, die Klage (§. 35) jederzeit Statt.

§. 38. Durch die Erkenntnisse des Staatsministeriums wird die Verbindlichkeit der Beklagten zur Abtretung ihrer Güter schon begründet, ohne daß über die Frage, ob ein öffentlicher Zweck die Abtretung wirklich fordere, und ob das darüber ergangene Erkenntniß auf ein gesetzmäßiges Verfahren gebaut sei? — ein Streit vor dem Civilrichter und eine Entscheidung des letztern zuläßig wäre.

Wenn die Vereinbarungen über die Abtretungen (§. 12 und 15) oder die Erkenntnisse des Staatsministeriums (§. 13 14 und 17) im Anzeigeblatt verkündet, oder in Fällen des §. 16 mit der rechtzeitig (§. 37) angebrachten Klage vorgelegt sind, so verhandelt der Civilrichter über die festzustellende Entschädigung nach Maßgabe der bürgerlichen Prozeßordnung im abgekürzten Verfahren, unter folgenden besondern Bestimmungen.

§. 39. Das Gericht theilt die Klage den im Gemeinderathszeugnisse (§. 32 und 33) genannten Betheiligten mit und ladet dieselben zu einer nicht über 14 Tage hinauszuschiebenden Tagfahrt vor, um sich hinsichtlich der zu ernennenden Schätzer, so wie über die mit der Klage übergebenen Beweismittel zu erklären, ihre Anforderung zu stellen und die bei der Werthbestimmung gesetzlich zu berücksichtigenden Verhältnisse, unter Vorlage ihrer etwaigen Beweismittel, vorzutragen, mit dem Androhen, daß von den Nichterscheinenden angenommen werde, daß sie den Werthanschlag der klagenden Verwaltungsbehörde anerkennen, und die Auszahlung desselben an den Eigenthümer des Guts, vorbehaltlich ihrer Rechte gegen diesen genehmigen.

Auch die klagende Verwaltungsbehörde wird zu dieser Tagfahrt vorgeladen, um sich hinsichtlich der zu ernennenden Schätzer, so wie über das Vorbringen der Beklagten und deren etwaige Beweismittel zu erklären, widrigenfalls sie mit dieser Erklärung ausgeschlossen und mit Ernennung der Schätzer und Anordnung der Schätzung auf den Grund der beiderseits vorgetragenen Thatumstände und Beweismittel vorgefahren werde.

§. 40. Erscheinen die Beklagten bei der Tagfahrt nicht, so wird das Versäumungserkenntniß, gegen welches nur der Eigenthümer (§. 4) inner der gesetzlichen Frist die Wiederherstellung verlangen kann, sogleich ertheilt; andernfalls aber nach der Anordnung des vorhergehenden §. verhandelt, es sei denn, daß der Eigenthümer da, wo die Klage, gemäß §. 38, auf eine nach §. 12 Abs. 2. zu Stand gekommene Vereinbarung gebaut ist, Einwendungen gegen dieses Uebereinkommen vorbringe, in welchem Falle hierüber mit einstweiliger Einstellung des Entschädigungsverfahrens zum Voraus verhandelt und entschieden wird, so weit nicht die Verwaltungsbehörde vorzieht, statt dessen nachträglich noch ein Erkenntniß des Staatsministeriums über die Nothwendigkeit der Abtretung einzuholen und nach dessen Verkündung die im §. 35 bezeichnete Klage von Neuem zu erheben.

§. 41. Will der Eigenthümer, der nur einen Theil seines Eigenthums abtreten soll, in den Fällen der §§. 20 21 u. 23 von dem Rechte, die Abnahme weiterer Theile oder des Ganzen zu fordern, Gebrauch machen, so hat er sein deßfallsiges Begehren bei dieser ersten Tagfahrt anzubringen, sonst wird dasselbe nicht mehr berücksichtigt.

§. 42. Das Gericht, welches, wenn sich bei dieser Tagfahrt die Parteien über die Zahl und Personen der Schätzer nicht vereinigen, deren drei ernennt, ordnet sogleich am Schlusse dieser Verhandlung eine weitere, ebenfalls nicht über 14 Tage hinauszuschiebende Tagfahrt zur Vornahme des Augenscheins und der Schätzung an, wozu die Schätzer und Parteien, letztere mit dem Anfügen vorzuladen sind, daß sie wo möglich noch am Schlusse der Tagfahrt über das Ergebniß des Augenscheins und der Schätzung mit ihrer Beweisanfechtung und Ausführung (Pr. O. §. 548 und 562) gehört, im Falle des Nichterscheinens aber mit dieser Prozeßhandlung ausgeschossen werden.

§. 43. Sind unter den Beklagten Ansprüche, welche auf die Größe der von der Verwaltungsbehörde zu leistenden Entschädigung keinen Einfluß haben, z. B. Nutzeigenthums-, Nutznießungs-, Nutzungs- oder Wohnungsrechte, Erbdienstbarkeiten oder Vorzugs- und Unterpfandsrechte bestritten, so wird der Streit hierüber zum besondern Austrage verwiesen, und Diejenigen, welche solche Rechte in Anspruch nehmen, werden, so weit sie dabei an einer höhern Bestimmung der ganzen Entschädigungssumme für das abzutretende Gut selbst ein Interesse haben, fürsorglich zur Mitvertretung des Eigenthümers zugelassen.

Eben so können Dritte, welche Eigenthums- oder andere Ansprüche an dem abzutretenden Gute machen, oder darauf eine gerichtliche Hülfsvollstreckung betreiben, hiedurch den Lauf des Verfahrens nicht aufhalten, sondern nur, so weit sie bei einer höhern Bestimmung der ganzen Entschädigungssumme betheiligt sind, die Beklagten fürsorglich mitvertreten, und ihre Ansprüche auf die das Gut vertretende Entschädigungssumme im besondern Wege geltend machen.

§. 44. Nur über Verhältnisse, welche nach diesem Gesetze (§. 18, 26) wie Pachtverträge und Grunddienstbarkeiten auf die Bestimmung der ganzen Entschädigunssumme Einfluß haben, und dabei von der klagenden Verwaltungsbehörde in Widerspruch gezogen sind, wird zum Zweck der Bestimmung der Entschädigungssumme verhandelt.

Auch nur hinsichtlich dieser auf die Größe der Entschädigung im Ganzen einwirkenden Ansprüche der Pächter und Grunddienstbarkeitsberechtigten haben die Sachverständigen, indem sie die ganze Entschädigungssumme für das abzu-

t..ende Gut, mit Rücksicht auf die nach diesem Gesetze dabei in Anschlag zu bringenden Verhältnisse, abschätzen, zugleich zu begutachten, ob und welcher Antheil davon ihnen, den Pächtern und Grunddienstbarkeitsberechtigten, als Schadloshaltung gebühre.

Ferner haben die Schätzer da, wo nur die Abtretung eines Theiles eines Guts gefordert ist, und der Eigenthümer die gleichmäßige Abnahme weiterer Theile oder des Ganzen verlangt, zu begutachten, ob die desfallsigen Voraussetzungen der §§. 20, 21 und 23 vorhanden seien.

§. 45. Der Richter bestimmt sofort durch Urtheil, unter Beischlagung des im §. 26 erwähnten $^1/_{10}$, die Summe, um welche das Gut der Verwaltungsbehörde ganz oder theilweise abzutreten sei, so wie den Betrag, welchen davon ein etwaiger Pächter oder Grunddienstbarkeitsberechtigter für Aufhebung des Pachts oder der Dienstbarkeit zu empfangen habe.

Trägt das abzutretende Gut natürliche oder erzogene Früchte, (L. R. S. 583), so ist zu bestimmen, wie viel für diese Früchte, so fern sie vom Inhaber nicht mehr bezogen werden können, besonders zu vergüten sei.

Rechtsmittel gegen dieses Urtheil stehen allen Betheiligten nach Maßgabe der P. O. zu. Dieselben haben aber keine aufschiebende Wirkung.

Auch wenn gegen ein, gemäß dem §. 40 erlassenes Versäumungserkenntniß, die Wiederherstellung erlangt wird, so wird hiedurch der Vollzug desselben nicht aufgehalten.

Bestimmung der Entschädigung durch einstweilige Verfügung.

§. 46. Hält die Verwaltungsbehörde, auch schon ehe der Richter erster Instanz über die Entschädigungssumme erkannt hat, die Besitznahme von dem abzutretenden Gute für nöthig, so kann sie eine einstweilige Verfügung verlangen, durch die der Richter ausspricht, welche Summe vorläufig, mit Vorbehalt der Rechte beider Theile und des weitern Austrags derselben, für die Besitznahme des Guts und zwar an die Hinterlegungskasse zu bezahlen sei.

Dieses Gesuch findet, selbst ehe die Klage (§. 35) angebracht ist, schon Statt, so bald die Abtretungsverbindlichkeit durch das Erkenntniß des Staatsministeriums (§. 13, 14, 16 und 17) oder durch eine Vereinbarung (§. 12 und 15) mit dem Eigenthümer (§. 4) nachgewiesen ist.

§. 47. Auf das, nach Maßgabe des vorhergehenden §. angebrachte Gesuch um eine einstweilige Verfügung ordnet der Richter, ohne zu ermessen, ob zu einer solchen einstweiligen Verfügung auch wirklich dringender Anlaß vorhanden sei oder nicht, sogleich eine nicht über 8 Tage hinauszusetzende Tagfahrt zur Vornahme des Augenscheines und der Schätzung an.

Er zieht dazu außer dem Bürgermeister, in dessen Gemeinde das Gut liegt, einen oder drei Schätzer bei und benachrichtigt davon die Verwaltungsbehörde, so wie die im Gemeinderathszeugniß (§. 32 und 33) aufgeführten Betheiligten, mit dem Anhang, daß ihnen überlassen bleibe, zur Wahrung ihrer Intressen bei der Tagfahrt zu erscheinen.

Ist das erwähnte Gemeinderathszeugniß noch nicht übergeben, so benachrichtigt er Namens der Beklagten allein den Eigenthümer oder Nutzeigenthümer des abzutretenden Guts und weist den Bürgermeister an, auch noch Andere, die er als betheiligt kenne, von der Tagfahrt in Kenntniß zu setzen.

§. 48. Die Tagfahrt wird alsdann, ohne Unterschied, ob die Betheiligten dabei erscheinen oder nicht, abgehalten. Diejenigen, welche sich in der Gemeinde, in deren Gemarkung das abzutretende Gut sich befindet, aufhalten, läßt der Richter bei Vornahme des Augenscheins durch den Gerichts- oder Amtsdiener noch mündlich beiladen, wenn über ihre Benachrichtigung von der Anordnung der Tagfahrt keine Bescheinigung bei den Acten liegt.

Ist über das Ergebniß des Augenscheins das Protokoll aufgenommen, so wird noch an der nämlichen Tagfahrt von dem oder den Schätzern das, für das Hauptverfahren übrigens dann nicht mehr maßgebende, Gutachten abgegeben, und darauf vom Richter sogleich die einstweilige Verfügung erlassen und verkündet.

§. 49. Erfolgt das Endurtheil der ersten Instanz, ehe die Verwaltungsbehörde von der ihr durch die einstweilige Verfügung eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht und Zahlung geleistet hat, so verliert die einstweilige Verfügung ihre Kraft und das der ergriffenen Rechtsmittel ohnerachtete vollziehbare Endurtheil tritt an ihre Stelle.

Hat aber die Verwaltungsbehörde auf die einstweilige Verfügung hin zur Zeit der Urtheilsverkündung schon Zahlung geleistet, so behält es hiebei sein Bewenden, bis das darauf folgende Endurtheil die Rechtskraft beschritten hat.

§. 50. Hat die Verwaltungsbehörde in Folge einer einstweiligen Verfügung oder eines von ihr selbst angefochtenen Endurtheils erster Instanz vorläufig mehr bezahlt, als sie schuldig zu seyn erklärt, so kann sie auf Beschlagnahme oder Sequestration dieses Mehrbetrags antragen, so fern sie das Daseyn eines gesetzlichen Arrestgrundes zu bescheinigen vermag.

Vierter Titel.

Von der Zahlung der Entschädigung und von der Besitznahme.

§. 51. Die nach §. 33 im Grundbuch zu machende Vormerkung, daß das Gut zur Zwangsabtretung bestimmt sei, hat die Wirkung, daß spätere Eigenthumsveränderungen oder Beschränkungen, so wie spätere Eintragungen von Vorzugs- und Unterpfandsrechten vor der Verwaltungsbehörde, sofern diese innerhalb sechs Monaten von jener Vormerkung an den nachfolgenden wirklichen Erwerb des Guts, gemäß dem §. 25. des zweiten Edicts vom 22. Decbr. 1809 eintragen läßt, bei der Auszahlung der Entschädigungssumme nicht berücksichtigt werden dürfen, ausgenommen, so weit noch vor dieser Auszahlung ein gerichtlicher Beschlag darauf erwirkt wird.

Die gleiche Wirkung hat das nach §. 32 und 33 vom Gemeinderath ausgestellte Zeugniß selbst hinsichtlich aller Ansprüche, die vorher schon bestanden, aber im Zeugnisse nicht bemerkt sind, sofern innerhalb sechs Monaten von Ausstellung des Zeugnisses an die Zahlung der Entschädigungssumme und beziehungsweise die Eintragung des Eigenthumserwerbs im Grundbuch erfolgt.

§. 52. Sind in dem Gemeinderathszeugnisse außer dem Eigenthümer keine Andern der im §. 32 erwähnten Betheiligten angegeben und haben auch später keine Andern inter-

venirt, so zahlt die Verwaltungsbehörde die ganze Entschädigungssumme an den Eigenthümer des abzutretenden Guts.

Eben dieses gilt, wenn bei der nach §. 39 angeordneten Tagfahrt die Beklagten nicht erschienen sind, oder von ihnen nur der Eigenthümer allein erschienen ist.

In allen übrigen Fällen zahlt die Verwaltungsbehörde die Entschädigungssumme an die verschiedenen Betheiligten nur nach einer Uebereinkunft der Letztern oder nach richterlicher Bestimmung, oder aber, wenn es noch an der einen wie an der andern fehlt, so wie im Falle einer Verweigerung der Zahlungsannahme, zur Hinterlegungscasse.

Sind Pächter oder Inhaber von Grunddienstbarkeiten betheiligt und für sie, gemäß dem §. 45, in dem über die Entschädigung im Allgemeinen ergangenen Urtheile bestimmte Entschädigungsbeträge festgesetzt, so ist auch diese Bestimmung des Urtheils, unerachtet dagegen ergriffener Rechtsmittel, vollzugsreif, so weit nicht der eine oder andere Betheiligte hinsichtlich einer deßfalls in Streit gezogenen Summe auf Bescheinigung eines Arrestgrundes hin gerichtlichen Beschlag erwirkt hat.

§. 53. Mit dem Tage, an welchem die Verwaltungsbehörde auf die, gemäß den §§. 13 — 17, festgestellte Abtretungsverbindlichkeit hin die durch Vertrag, Urtheil oder einstweilige Verfügung des Richters (§. 30) bestimmte Summe nach Maßgabe des vorhergehenden §. bezahlt, geht das Eigenthum des Guts frei und unbelastet auf sie über, ohne daß es deßfalls noch einer besondern Besitzeinweisung bedürfte, und ohne daß das im L. R. S. 2185 erwähnte Ueberbietungsrecht der Gläubiger dabei Statt hätte.

Wird jedoch dieser Eigenthumserwerb nicht noch innerhalb 6 Monaten, von Ausstellung des im §. 33 erwähnten Gemeinderathszeugnisses an, in das Grundbuch eingetragen, so hat die Verwaltungsbehörde nur alsdann, wenn der Gemeinderath bescheinigt, daß auch in der Zwischenzeit, vom Ablauf jener 6 Monate an, keine weitern Eigenthumsveränderungen oder Belastungen zum Grund- oder Pfandbuch eingetragen worden seien, die Zahlung nach Maßgabe des §. 52 zu leisten, oder, wenn in der Zwischenzeit solche Eintragungen geschahen, vorerst wieder neue richterliche Bestimmung oder Uebereinkunft der Betheiligten zu veranlassen, oder an die Hinterlegungskasse zu bezahlen.

§. 54. Wenn in den Fällen, da das abzutretende Gut natürliche oder erzogene Früchte trägt, der Inhaber die Früchte, für welche im Urtheil nach §. 45 eine besondere Ersatzsumme bestimmt ist, noch selbst bezog, diese Ersatzsumme also wegfällt, später aber, ehe die Verwaltungsbehörde das Gut durch Zahlung übernimmt, weitere Kosten auf den neuerlichen Anbau verwendet werden, so kann Derjenige, dem die Früchte gebühren, außer dem Ersatz der aufgewendeten Kosten auch noch 5 Procente Zins von der Entschädigungssumme von der Zeit der letzten Ernte, beziehungsweise des letzten Früchtebezugs an, bis zum Tag der Zahlung der urtheilsmäßigen Entschädigung fordern, ohne daß jedoch, so fern über den desfalsigen Betrag Streit entsteht, dadurch die Besitznahme der Verwaltungsbehörde aufgehalten würde.

§. 55. Wenn innerhalb 6 Monaten, vom Eintritt der Rechtskraft des über die Entschädigung ergangenen Urtheils (§. 45) an gerechnet, die Verwaltungsbehörde das Gut nicht durch Zahlung nach §. 52 und 53 übernimmt, so verliert sie damit jenes Urtheil seine Wirkung, mit Ausnahme der darin enthaltenen Entscheidung über die Prozeßkosten.

Wird das angeordnete öffentliche Unternehmen erst nachdem die Verwaltungsbehörde die Zahlung der Entschädigungssumme schon geleistet hat wieder aufgegeben, so bleibt der Verwaltung jedenfalls das Eigenthum des abgetretenen Guts, so fern sie nicht mit dem frühern Eigenthümer über die Bedingungen einer Zurücknahme desselben einig wird.

§. 56. Handelt es sich um eine Berechtigung, hinsichtlich deren die Verwaltungsbehörde behauptet, daß dieselbe nach dem Verleihungstitel selbst, oder aus andern Gründen **unentgeltlich** aufgehoben oder beschränkt werden dürfte, oder wird überhaupt das **behauptete Recht**, dessen Abtretung, wenn es bestünde, erforderlich wäre, **bestritten**, so ist der Streit hierüber vor der competenten Behörde im besondern Wege auszutragen, ehe das Verfahren wegen Feststellung der Entschädigung eingeleitet wird. Jedoch kann die Verwaltungsbehörde, insbesondere da, wo ihr Gegner einstweilen im **Besitze** des von ihm angesprochenen Rechts geschützt wird, oder wo sie selbst durch einstweilige Richtigstellung des Betrags sich für den Fall ihres Unterliegens in dem Hauptverfahren gegen künftige Ueberforderungen sichern will, auch **fürsorglich** das Entschädigungsverfahren nach Maßgabe der §§. 35 — 50 einleiten, und gegen einstweilen vorschußweise zu leistende Zahlung den Besitz erlangen, in der Art, daß, wenn sie in der Hauptsache obsiegt, ihr das vorschußweise Bezahlte wieder rückerstattet werden muß.

Auf Bescheinigung eines gesetzlichen Arrestgrundes hin kann auch hier die Verwaltungsbehörde auf die Beschlagnahme des vorschüßlich Bezahlten antragen. (§. 50).

Fünfter Titel.

Von den Kosten des Verfahrens.

§. 57. Die Kosten des im zweiten Titel beschriebenen Verfahrens über die Frage, ob ein Gut abgetreten werden soll, trägt in allen Fällen die Verwaltungsbehörde, ohne jedoch den Betheiligten dafür, was sie zur Wahrung ihrer Interessen etwa selbst gethan haben, einen Ersatz leisten zu müssen.

Es werden hiebei weder Sporteln angesetzt, noch Stempel gebraucht.

Eben so trägt die Verwaltungsbehörde allein die Kosten einer einstweiligen Verfügung (§. 46) und der zu deren Vorbereitung abgehaltenen Tagfahrt (§. 47 und 48) und die Kosten der Hinterlegung bei der Hinterlegungskasse, so oft solche nicht wegen Verweigerung der Zahlungsannahme oder wegen eines Streites der Beklagten unter sich erfolgte.

Auch hat die Verwaltungsbehörde die Kosten, der nach §. 35 zu übergebenden Klage und des ihr beizulegenden Gemeinderathszeugnisses in allen Fällen auf sich zu behalten.

§. 58. Alle übrigen Kosten werden den Parteien nach Vorschrift der bürgerlichen Prozeßordnung zuerkannt und jene des Hauptverfahrens über die Entschädigungssummen (§. 39 — 45) insbesondere nach dem Verhältnisse, in welchem das Anerbieten der Verwaltungsbehörde (§. 35 Nr. 4), beziehungsweise die Anforderung der Beklagten (§. 39 — 41) von der im Urtheil bestimmten Summe abweicht.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 8. November 1834.

I.

Prozeßrecht. Gegen die nach §. 175 der Prozeßordnung erfolgte richterliche Festsetzung des von der in die Kosten verfällten Partei an die obsiegende zu zahlenden Betrags hat keine Appellation, sondern nur Beschwerdeführung Statt.

Es giebt der Fälle nur zu viele, wo nach entschiedener Sache noch darüber Streit entsteht, welche der dem obsiegenden Theil decretirten Kosten die verlierende und in solche verfällte Partei zu übernehmen habe, und welche davon auf ersterer, als selbst veranlaßte und nicht nothwendige Kosten verbleiben sollen. Indem unser neues Prozeßrecht nämlich die Verbindlichkeit zum Kostenersatz — wie dieses denn auch der Rechtsanalogie gemäß ist — nach den Grundsätzen der Lehre vom Schadensersatz beurtheilt wissen will, und somit jene Verbindlichkeit nicht weiter als auf Vergütung jener Prozeßkosten zu gehen hat, welche durch die ungerechte Prozeßführung des einen Theils als wirklich veranlaßt gelten können, daher nur auf die für die Prozeßführung nothwendigen Kosten, die freiwilligen, oder während des Prozeßlaufs von dem andern Theil durch seine Schuld veranlaßten Kosten hingegen als nicht unter die Verbindlichkeit des Ersatzes gehörend, und daher auch als nicht in dem in die Kosten verfällenden Urtheile begriffen angesehen werden; so entsteht darüber vielfältig eine Contestation, und es wird ein Verfahren veranlaßt, welches in Folge bisheriger Erfahrung den Vorschriften der Prozeßordnung meistens wenig entspricht, und sehr ungleichförmig ingehalten wird, wovon der Grund vorzüglich darin liegen mag, daß jene darüber nur eine ganz allgemeine Bestimmung an die Hand giebt. Der §. 175 der Prozeßordnung sagt nämlich, daß über die Liquidation der Prozeskosten nur ein abgekürztes Verfahren Statt finde, in welchem der Richter der Hauptsache, nach einem von der fordernden Partei aufgestellten Verzeichnisse, entweder sofort, oder nach Vernehmung der Gegenpartei den Kostenbetrag festzusetzen habe. — Eine Vorschrift, welche in allen Gerichtsordnungen, der Praxis und der Natur der Sache tief begründet ist. Nichtsdestoweniger sieht man nur allzuoft, daß die Aemter bei einem Streit über den Kostenbetrag, statt diesem vorgezeichneten höchst summarischen Verfahren, einen förmlichen Prozeß einleiten, nach den Regeln des ordentlichen Prozesses weitwendig verhandeln und darüber ein formelles Urtheil geben; sogar geschieht es, daß ein Schriftverfahren durch Anwälte zugelassen wird *). Wie verkehrt ein solches Verfahren sei, zeigt die einfache Ansicht des §. 175 der Prozeßordnung. Der schon im Haupterkenntniß entschiedene Kostenpunkt kann nicht noch einmal Gegenstand eines eigentlichen Rechtsstreits werden, selbst nicht hinsichtlich des dem verfällten Theil zugehenden Betrags, sondern es soll darüber nur eine kurze Liquidation Statt finden, auf welche dann der Richter der Hauptsache kein Erkenntniß über den dem verlierenden Theil zufallenden Betrag erläßt, sondern solchen nur festsetzt (decretirt), als nähere Bestimmung des Haupturtheils über den Kostenpunkt. Von einer Verhandlung zwischen den Parteien ist diese durchaus nicht abhängig, sondern es liegt im Ermessen des Richters, diejenigen Posten festzusetzen, welche nach dem Urtheil als ersatzpflichtig anzusehen sind. Es ist mehr eine richterliche Function, um dem Urtheile seinen angemessenen Vollzug in diesem Punkte zu geben, als eine Verhandlung und ein Ab- oder Zuerkennen, indem der Richter sich nur daran zu halten hat, welche Ansätze zur Führung des Pro-

*) Obwohl nach §. 216 der Prozeßordnung die mündlichen Verhandlungen die Regel bei Untergerichten seyn soll, muß man leider bemerken, daß meistens, und selbst bei geringfügigen Sachen ein Schriftverfahren Statt findet, und dieses weniger von dem Willen beider Parteien, als davon herkommt, daß die Aemter letzteres einzuleiten suchen, da Manche es bequemer finden mögen, auf die eingelangten Schriftsätze bloße Verfügungen zu erlassen, als bei mündlicher Verhandlung nach §. 222 zu verfahren. Wie kostspielig hiedurch die geringsten Prozesse werden, ist leicht zu erachten, und der Uebelstand dießfalls von solcher Bedeutsamkeit, daß die Nothwendigkeit einer Remedur nicht länger zu verkennen seyn dürfte. M.

zesses als wirklich erforderlich anzusehen seien, wozu eine Litiscontestation gar nicht gehörig ist, und demnach von einer eigentlichen Streitverhandlung und Aburtheilung auch die Rede nicht seyn kann. Schon hieraus möchte es ganz einleuchtend seyn, daß gegen eine solche Kostenregulirung nicht eine wirkliche Appellation an den Oberrichter, sondern nur eine Beschwerdeführung zustehe. Eine Berufung kann nur da eintreten, wo der Unterrichter ein Urtheil gegeben hat, das etwas zu- oder aberkennt. Dadurch aber, daß er, nachdem überhaupt über den Kostenpunkt schon erkannt ist, noch festsetzt, diese und jene Posten seien eigentliche prozessualische Kosten, spricht er eigentlich nicht zu oder ab, sondern rectificirt nur den Ansatz nach dem Grundsatze, der schon dem ausgesprochenen Urtheile über die Kosten zur rechtlichen Basis dient. Ohne Zweifel läge auch ein großer Widerspruch darin, wenn eine Sache, die in erster Instanz ohne eigentliche Verhandlung und Aburtheilung abgethan werden kann, in zweiter Instanz in ein ordentliches Berufungsverfahren sollte gebracht werden können. Es mangelte an aller Grundlage zu einer Appellationsverhandlung, und es wäre nicht einzusehen, warum in der obern Instanz ein solch prozessualischer Aufwand Statt finden sollte, während in der untern Instanz ein Prozeß so gut wie ausgeschlossen ist. Es folgt aber nicht nur aus dieser aus dem allgemeinen Rechtsverhältniß der Prozeßkosten hervorgehenden Induction, daß gegen die Festsetzung ihres Betrags durch den Richter keine ordentliche Berufung Statt finde; sondern auch einzelne Vorschriften der Prozeßordnung enthalten darüber eine Bestimmung. Nach §. 1175 Nr. 4 derselben findet eine Berufung, welche gegen ein Erkenntniß bloß wegen der Prozeßkosten gerichtet ist, nur in dem einzigen Falle Statt, wenn die Beschwerde gegen das Erkenntniß auf einem unwahren, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatze gebaut wird. In keinem andern Falle kann daher gegen die Zuerkennung der Kosten selbst eine Appellation eingelegt werden. Wie ließe sich nun denken, daß hingegen die bloße Festsetzung des Betrags der Kosten gegen eine Regulirung derselben, was doch weit weniger als die Zuerkennung der Kostenzahlung überhaupt ist, die Appellation gestattet seyn sollte? Solch ein Widerspruch, wornach die Berufung gegen das Geringere, nicht aber gegen das weit Mehrere, gegen die ganze zuerkannte Schuldigkeit nämlich zugelassen seyn soll, kann nicht in unserm Prozeßrechte liegen, und liegt schon nicht um des Grundes willen, auf dem die Bestimmung Nr. 4 des §. 1175 ruht, darin, der wohl kein anderer ist, als daß nicht die Prozeßkosten allein, als Pertinenzsache des Hauptstreits zu einem eigenen besonderen Prozesse gemacht werden, und nicht Prozeß aus Prozeß erwachsen soll. Noch bestimmter geht aber die Unzuläßigkeit der Appellation gegen die richterliche Kostenbestimmung aus §. 1244 Nr. 6 hervor, da dieser für Beschwerden dagegen ausdrücklich den besondern Weg der Beschwerdeführung vorzeichnet, welcher schon aus dem allgemeinen Grunde geeigneter, als die Berufung erscheint, weil hier mehr eine Beschwerde im Verhältniß zum Richter selbst, dessen Ermessen allein den Kostenbetrag festsetzt, als zur Gegenpartei gehoben werden soll, und weil die ganz einfachen Formen dieses eigenen Rechtsmittels, zu dem die Prozeßordnung die quærela simplex gestaltet hat, zu dem Verfahren über Prozeßkosten, wie §. 175 solches summarissime vorschreibt, in bessere Uebereinstimmung, als die formelle Appellation kommt. Offenbar ist endlich auch mit der Beschwerdeführung besser, als mit der Berufung gedient, da erstere von keiner Summe abhängig ist, in den allermeisten Fällen aber die Beschwerde gegen die richterliche Kostenfestsetzung nicht einmal die summarische Appellationssumme erreicht, hingegen aber, nachdem die Sache dem Richter ganz eingeräumt ist, es doch nothwendig bleibt, daß beim höhern Richter auch bei geringem Betrag auf kurzem Wege Abhülfe gegen rechtswidrige Kostenzuscheidung erlangt werden kann. Wenn übrigens Einige einwenden wollen, die Bestimmung des §. 1244 Nr. 6 beziehe sich nur auf Beschwerden der Anwälte über Decretur ihrer Deserviten; so waltet hierin sicher ein großer Irrthum vor. Das letztere Verhältniß liegt nicht in der Prozeßordnung, und so wie §. 175 nur das Kostenverhältniß zwischen den Parteien im Auge hat; eben so ist dieß mit Nr. 6 des §. 1244, als seinem Geist nach mit ersterm correspondirend, der Fall, und es dürfte daher wenig zweifelhaft bleiben, daß vor dem ersten Richter über den urtheilsmäßigen Kostenbetrag nicht nur das ganz abgekürzte Verfahren des §. 175 der Prozeßordnung Statt finde, sondern daß gegen die richterliche Festsetzung dieses Betrags beim obern Richter nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, und nicht jenes der Berufung Platz greife.

Merk.

II.

Hofgericht am See.

Ueber den Beweis der Appellationssumme und die Auslegung des §. 301 der Prozeßordnung.

Der appellantische Anwalt behauptete in der Beschwerdeschrift das Daseyn der Appellationssumme, und trat dafür zugleich den Beweis damit an, daß er auf gerichtliche Schätzung des Gegenstandes antrug und dazu einen Sachverständigen in Vorschlag brachte. Er erwähnte jedoch hiebei nicht, daß die Ernennung dieses Sachverständigen auf einem Uebereinkommniß mit dem Gegentheil beruhe, und eben so

wenig bemerkte er, daß in Ermanglung dieses Uebereinkommens dem Gerichte die Ernennung der Sachverständigen anheim gestellt werde.

In der schriftlichen Vernehmlassung widersprach der Appellat das Daseyn der Appellationssumme, ohne sich über den angetretenen Beweis zu erklären. Dieß veranlaßte den Gerichtshof, mit einstweiliger Aufschiebung der Hauptsache, diesen Punkt, nach Art der prozeßhindernden Einreden (Prozeßordnung §. 300, 306), zur besondern Verhandlung im abgekürzten Verfahren auszusetzen, wobei übrigens beide Theile auf ihren Behauptungen beharrten, ohne daß der eine oder andere Theil über die Beweisführung etwas Neues vorbrachte. Namentlich erklärte der Appellat sich nicht über den vom Appellanten vorgeschlagenen Sachverständigen.

Bei der Berathung war das Gericht einverstanden, daß der Appellant der beweispflichtige Theil sei, oder daß die Einrede der fehlenden Appellationssumme zu denjenigen prozeßhindernden Einreden gehöre, wobei die Beweislast den Kläger selbst treffe, allein über das, was zu verfügen sei, zeigten sich dreierlei Ansichten.

Ein Stimmführer behauptete, die Beweis antretung des Appellanten, obgleich sie den Erfordernissen des §. 538 der Prozeßordnung nicht ganz entspreche, könne doch als genügend gelten, weil der Antrag auf gerichtliche Schätzung gestellt sei. Hieraus folge nach der Regel: wer das Mehr will, will auch das Minder, daß der Antrag eventuell auch auf gerichtliche Ernennung der Schätzer gehe, für den Fall nämlich, wenn diese Beweisantretung vom Gegentheil nicht angenommen werde; ohne dieß hätte ja der Beisatz: „gerichtlich“ gar keinen Sinn. Dazu komme, daß §. 540 der Prozeßordnung dem Richter gestatte, von Amtswegen Sachverständige zuzuziehen, wenn er ihres Gutachtens bedürfe, um bereits actenmäßige Thatumstände zu beurtheilen; dieß sei nun der Fall, wenn der Gegenstand bereits in den Acten in allen jenen Beziehungen beschrieben und zugestanden sei, woraus sein Werth von Sachkundigen beurtheilt werden könne, zumal wenn diese Werthbestimmung nur für die Herstellung eines auch im Interesse des öffentlichen Rechts gebotenen Prozeßerfordernisses diene, worüber den Parteien keine Verfügungsgewalt zustehe.

Diese Amtsbefugniß müsse um so mehr wirken, wenn ein Parteiantrag vorliege, sollte er auch nicht die sonst erforderliche Form haben. Endlich, und ganz besonders müsse aber die Bestimmung des §. 1174 Nr. 7 der Prozeßordnung in Betracht kommen, welche sage:

> „der Anschlag von Gegenständen, deren Werth nicht anerkannt ist, wird nach den Vorschriften über gerichtliche Schätzungen ausgemittelt.“

Dieß könne sich nicht auf den §. 551 beschränken, sonst wäre der Beisatz „gerichtlich“ unpassend, und nur der Ausdruck: „Schätzungen durch Sachverständige“ oder „nach der Vorschrift des §. 551 über Schätzungen“ geeignet gewesen. Suche man aber die Vorschriften der Prozeßordnung über gerichtliche Schätzungen, so finden sich diese nur in dem Titel von dem Vollstreckungsverfahren, in den §§. 984, 985, 1039 — 1041, diese Stellen handelten aber lediglich von Fällen, wo das Gericht die Schätzer ernenne und die Schätzungen veranstalte, obgleich die Beziehung auf die Vollstreckung das Privatinteresse weit mehr beeinträchtige, als die Beziehung auf die Statthaftigkeit einer weiteren Instanz. Daraus lasse sich erkennen, daß das Gesetz mit dem Ausdruck „gerichtliche Schätzung“ nichts anderes, als ein von Amtswegen verordnetes Abschätzungsverfahren bezeichnen wolle.

Die Majorität, sich streng an den Wortlaut des §. 538 haltend und den §. 1107 Nr. 7 auf den §. 551 beschränkend, versagte jedoch dieser Ansicht ihren Beifall *).

Eine andere Stimme stellte den Antrag auf eine Beweisauflage an den Appellanten. Zur Begründung wurde bemerkt: Nach Prozeßordnung §. 300 solle bei gehörig bescheinigten zerstörlichen Einreden mit prozeßhindernder Kraft dasselbe abgekürzte Vorverfahren eintreten, wie bei verzögerlichen Einreden, die von der Einlassung befreien. Nun sage §. 301 in Bezug auf jene prozeßhindernde zerstörliche Einreden unter andern, daß auf die gepflogene Vorverhandlung das richterliche Erkenntniß auch in einer Beweisauflage an den Kläger bestehen könne, was offenbar im Zusammenhange stehe mit dem §. 297, welcher auch die verzögerlichen Einreden von der Nothwendigkeit der Einlassung ausnehme, wobei die Beweislast den Kläger selbst treffe, wie z. B. die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache. Hiemit stehe die Einrede der fehlenden Appellationssumme auf gleicher Linie; eine analoge Anwendung des §. 301 in der vorliegenden Beziehung sei also mit Hinblick auf den §. 1171 gewiß begründet, da der Titel von den Rechtsmitteln keine abändernde Bestimmung enthalte. — Dieser Ansicht wurde entgegengesetzt: Die Verfügung des §. 301 betreffe nur eine besondere Bestimmung für die prozeßhindernden zerstörlichen Einreden; sie beziehe sich keineswegs allgemein auf die vorderen §§. 296—300, sondern ausschließend auf den §. 300, wie dieß zunächst der Umstand, daß die Randrubrik des §. 300 auch für den §. 301 gelte und sodann das im §. 301 gebrauchte Wort „darüber“

---

*) In den Annalen von 1832 Nr. 2 findet sich ein Fall von dem hiesigen Gerichtshofe, worin in den Entscheidungsgründen anerkannt wird, daß der bestrittene Werth des Streitobjects von Amtswegen mittelst gerichtlicher Schätzung erhoben werden könne, auch in Bezug auf die Appellationssumme.

A.

deutlich anzeige. Die allgemeine Vorschrift wegen der Art der Verhandlung über prozeßhindernde Einreden finde sich im §. 306, in dem Gebote des abgekürzten Verfahrens, wonach jede Partei die nöthigen Beweise unaufgefordert antreten müsse und keine richterliche Beweisauflage statthaft sei. Wenn der §. 301 dem Richter dennoch erlaube, dem Kläger Beweis aufzulegen, so müsse dieß als eine Ausnahme von der Regel betrachtet und der Grund wohl darin gesucht werden, daß in diesem Präjudicialverfahren die zerstörliche Einrede als solche verworfen (§. 304), also über einen in die Hauptsache eingreifenden Umstand entschieden werden könne *).

Die Mehrheit stellte sonach ihre Ansicht dahin auf: die Bestreitung der Appellationssumme ist eine prozeßhindernde Einrede von der Art derjenigen, die einer verneinenden Einlassung gleich stehen, und wobei die Beweislast den Kläger selbst trifft. Darüber kann jedoch nur im abgekürzten Verfahren verhandelt und entschieden werden (§. 306); bei diesem findet aber keine richterliche Beweisauflage Statt; jeder Theil hat also den Beweis für seine Behauptungen unaufgefordert gehörig anzutreten (§. 674), spätestens dann, wenn der Widerspruch des Gegentheils die Nothwendigkeit einer Beweisführung herbeiführt. Da nun im vorliegenden Falle der Appellant den Beweis zwar angetreten hat, aber nicht gehörig, dieß aber in seiner Wirkung der gänzlichen Unterlassung gleich steht, so muß die Appellation als unstatthaft verworfen werden. Aschbach.

*) Diese Entgegnung dürfte doch noch einigen Bedenken unterworfen seyn. Die Randrubriken sind nicht vollständig; der Mangel einer solchen bei einem Paragraphen ist nicht immer ein Beweis, daß er noch zu derselben Materie, wie die voranstehende Bestimmung gehört; das Gegentheil findet man oft; z. B. §. 305. Das Wort „darüber", als allgemein rückbezügliches Fürwort, kann auch ganz wohl auf die vorangehende Reihe von gleichartigen Bestimmungen gehen, wofür der Umstand spricht, daß die Verfügung des §. 301 in allem Uebrigen ganz dahin paßt. Sicherer dürfte die Entgegnung einfach darauf gegründet werden, daß man, den §. 301 selbst als allgemeine Verfügung anerkennend, die darin vorkommende mit §. 306 und 674 Nr. 3 und 4 nicht vereinbarliche Stelle nur von denjenigen wenigen Fällen versteht, wo der Richter von Amtswegen verpflichtet ist, in jeder Lage der Sache für die Aufklärung des Thatverhältnisses zu sorgen, auch ohne Aufforderung der betheiligten Partei, z. B. bei der Legitimation zur Sache und zum Prozesse (§. 91, 133), und wo also die beweispflichtige Partei stets eine richterliche Auflage abwarten darf. Uebrigens ist in dem schon angeführten Fall in den Annalen (1832 Nr. 2) zu ersehen, daß der hiesige Gerichtshof früher der Ansicht war, es könne dem Appellanten auf die Bestreitung der Appellationssumme, nach darüber gepflogener summarischer Verhandlung, Beweis aufgelegt werden Auch die Redaction hat in einer Anmerkung sich in diesem Sinne geäußert.

Bei der künftigen Revision der Prozeßordnung wird es nothwendig werden, durch nähere Bestimmungen für Feststellung des Rechts in den bemerkten Beziehungen zu sorgen. A.

III.

Ist die Adjudication von Liegenschaften nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung noch zuläßig?

Noch immer kommt es vor, daß Gläubiger sowohl in Ganten als bei sonstigen Zwangsversteigerungen auf Adjudication der Unterpfandsstücke antragen, wenn entweder gar kein Gebot geschieht oder doch solches den Betrag ihrer Forderungen, die aus dem Erlös befriedigt werden sollen, nicht erreicht. In Ganten fand jedoch schon nach dem Landrechte, wie sich aus den Sätzen 1269, 2093 und 2218 a. unzweifelhaft ergiebt, eine solche Adjudication nicht Statt, obwohl es zuweilen geschah, daß den bevorzugten Gläubigern, mit Einwilligung aller Betheiligten, nach fruchtlosen Versteigerungsversuchen die Unterpfandsstücke an Zahlungsstatt überlassen wurden. — Bei Zwangsversteigerungen außerhalb des Concurses kann nun nach Einführung der neuen Prozeßordnung von einer Adjudication an den Gläubiger um einen Schätzungspreis auch keine Rede mehr seyn; nur im Falle, wo er selbst das höchste Gebot thut, fällt ihm das Gut zu. In einem solchen Falle ist er bis zum Betrage seiner Forderung accisfrei (Regbl. von 1833 Nr. 39 S. 215 *), wie es auch der Adjudicator nach der Accisordnung war. Archiv für die Rechtspflege ꝛc. ꝛc. dritter Bd., viertes Heft, S. 581.

Erfolgt aber kein Gebot, so ist eben die Vollstreckung für den Gläubiger fruchtlos. v. Weiler, Motive zu §. 1032 und ff. Nr. 4 des Entwurfs. Will der Gläubiger, wenn die Versteigerung erfolglos war, nicht in Geduld stehen, so kann er nach §. 1027 der Prozeßordnung die Einweisung in die Nutzung und Bewirthschaftung der Liegenschaften oder auch deren Verpachtung in öffentlicher Versteigerung, oder endlich die Sequestration derselben verlangen. Der Richter hingegen darf, vermöge §. 968 der Prozeßordnung, keine andere Vollstreckungsmittel verfügen, als die in den folgenden Paragraphen für zuläßig erklärten. Der Adjudication aber ist in dem Titel 42 „vom Vollstreckungsverfahren" mit keiner Silbe gedacht, folglich ist sie abgeschafft. Bayer.

*) Gerade nur um die im Falle der Adjudication Statt gehabte Accisfreiheit dem Gläubiger, dem jetzt nicht mehr adjudicirt wird, nicht verloren gehen zu lassen, wurde, wie aus den ständischen Verhandlungen zu ersehen ist, das Gesetz vom 26. Octbr. 1833, Regbl. S. 215 gegeben.

Der Gläubiger verliert dabei gegen das frühere Verfahren nicht nur nichts, sondern er ist weit besser daran, denn er kann das Gut nicht nur um den Anschlag, beziehungsweise um den ehemaligen Adjudicationspreis, sondern nach dem §. 1051 und 1052 der Prozeßordnung um ein beliebiges, weit niedrigeres Angebot an sich bringen, wenn Niemand mehr bietet, und genießt dann dabei dennoch die alte Accisfreiheit. D. R.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 15. November 1834.

I.

Sind stillschweigende Zugeständnisse durch die Prozeßordnung gänzlich abgeschafft?

Schon oft ist bei mündlichen Verhandlungen von Anwälten behauptet worden, nach den §§. 289 und 295 der Prozeßordnung gebe es kein stillschweigendes Zugeständniß mehr; es wäre denn, daß der Richter bei der Verhandlung selbst den Beklagten noch speciell aufgefordert hätte, alle erheblichen Thatsachen Punkt für Punkt zu beantworten, bei Vermeidung des Rechtsnachtheils, daß dieselben sonst für eingestanden angenommen werden. Wo sich nun bei einer unvollständigen Einlassung aus den Acten nicht ergebe, daß jene richterliche Aufforderung an den Beklagten ergangen sei, da dürfe man die unbeantwortet gebliebene Thatsache nicht als zugestanden annehmen, sondern müsse vielmehr im Laufe der weiteren Verhandlung und selbst im höherrn Rechtszuge den Widerspruch noch zulassen, wenn inzwischen die Gegenpartei nicht angerufen habe. §. 654 und 655 der Prozeßordnung. Dasselbe gelte auch nach den §§. 323, 326 bis 328 und 331 der Prozeßordnung von der Erklärung auf die Einreden, Repliken u. s. w.

Diese Ansicht läßt sich jedoch nur unter der Voraussetzung vertheidigen, daß nicht schon im Voraus die gesetzlichen Präjudicien nach Maßgabe der §§. 253, 310 und 331 vom Richter angedroht waren, weil alle Rechtsnachtheile in Gemäßheit des §. 330 a. E. vorher in der mündlich eröffneten oder schriftlich zugestellten Verfügung, welche die Vernehmlassung befiehlt, ausdrücklich angedroht seyn müssen, ehe sie realisirt werden können. War hingegen die Androhung auf diese Art geschehen, so ist entweder

1) ein Vortrag ganz unbeantwortet geblieben, dann muß jeder darin vorgebrachte Thatumstand auf Anrufen des Gegners, gemäß §§. 311, 330 Nr. 1, 653, 654 und 671 der Prozeßordnung, für eingestanden erklärt und zugleich — mit Ausnahme des Falles des §. 415 — ausgesprochen werden, was in der Sache selbst Rechtens seyn soll; oder

2) der Vortrag ist nur theilweis unbeantwortet geblieben, alsdann hat der Richter, statt alles Anrufens, die Partei auf die übergangenen Thatsachen und auf die aus deren Nichtbeantwortung folgenden Rechtsnachtheile aufmerksam zu machen, was füglich nur bei mündlichen Verhandlungen geschehen kann.

An die richterliche Unterlassung knüpft aber das Gesetz nirgends die Folge: daß die unbeantwortet gebliebenen Thatsachen als widersprochen oder abgeläugnet angesehen werden sollen*). Es wäre eine unerlaubte Willkühr,

*) Richtig! — aber es knüpft daran auch eben so wenig die Folge, daß alle unbeantwortet gebliebenen Thatsachen als eingestanden angenommen werden.

Sind sie daher weder als eingestanden, noch als widersprochen anzunehmen, so hat das Gesetz sehr gut daran gethan, in den §§. 289 und 364, so wie in den §§. 338, 342 und 343 ein weiteres Verfahren vorzuschreiben, wodurch das Ja oder Nein ermittelt werden soll. Aber eben diese Vorschrift muß dann auch zur Folge haben, daß, so lang jenes Verfahren nicht Statt hatte, willkührlich weder Ja noch Nein angenommen werden darf, sondern daß vielmehr jenes Verfahren, ehe die eine oder andere Annahme erfolgt, so oft es darauf ankommt, nach den §§. 338, 342 und 343 durch Anwendung des Fragrechts nachzuholen ist.

Man übersehe nämlich nicht, daß bei der ersten und Hauptverfügung, wornach sich eine Partei über das Vorbringen des Gegners vernehmen lassen soll, ihr keineswegs angedroht wird, daß sonst alle einzelnen nicht beantworteten Thatsachen als eingestanden angenommen werden. Die pœna confessi ist vielmehr nur Demjenigen angedroht, der gar nicht antwortet, sondern bei der Tagfahrt, oder mit seiner schriftlichen Erklärung ganz ausbleibt. Nach dem §. 253 der Prozeßordnung soll nämlich dieser Rechtsnachtheil bei der mündlichen Verhandlung nur im Falle des Nichterscheinens eintreten, und nach dem §. 355 soll beim schriftlichen Verfahren dieselbe Androhung, wie nach §. 253 bei dem mündlichen gemacht werden,

wenn man seine Zuflucht zur Fiction einer verneinenden Einlassung nehmen wollte, weil diese gemeinrechtliche Fiction aus guten Gründen abgeschafft und mit dem vom Gesetze angenommenen Contumacialsystem unverträglich ist. (Siehe Bericht der Gesetzgebungscommission, Absatz VII. Nr. 3, S. 25.)

Man muß vielmehr unterstellen, daß Derjenige, welcher, des angedrohten Rechtsnachtheils ungeachtet, zu antworten unterläßt, hiezu nur in der eigenen Ueberzeugung von der Erfolglosigkeit jeden Widerspruchs einen Grund haben kann.

Wer aber zur rechten Zeit und am rechten Ort zu widersprechen unterlassen hat, darf eben deßwegen späterhin — sei es in der nämlichen oder in einer höhern Instanz — mit seinem Widerspruche nicht mehr gehört werden.

Bayer.

---

der Rechtsnachtheil also auch nur da, wo die Einwendungsschrift gar nicht einkommt, eintreten.

Antwortet der Beklagte einmal auf die Klage, indem er entweder bei der Tagfahrt erscheint, oder eine Einwendungsschrift übergiebt, so kann von dem Eintritt des nach §. 253 oder 355 für einen andern Fall angedrohten Rechtsnachtheils keine Rede mehr seyn, und für den Fall, daß die Antwort unvollständig ist, hat alsdann das Gesetz im §. 289 (bei dem mündlichen Verfahren) und im §. 364 (bei dem schriftlichen Verfahren) ein anderes Mittel gegeben, über die einzelnen unbeantworteten Thatsachen eine bestimmte Antwort zu erzielen.

Daß diese Vorschriften auch hinsichtlich der Antworten auf die Einreden, Repliken, Dupliken ꝛc. gelten, ist im §. 323 für das mündliche und im §. 368 für das schriftliche Verfahren gesagt.

Es sind diese Vorschriften auch sehr wohlthätig, um zu verhüten, daß eine Partei nicht etwa wegen eines bloßen Versehens in den Nachtheil komme, als geständig angenommen zu werden, weil sie einen ihr vielleicht unerheblich geschienenen, von ihrem Gegner vorgetragenen, Thatumstand nicht bestimmt widersprochen hat.

Da, wo die Partei ihren ganzen Vortrag versäumte, bleibt ihr nach §. 658 f. die Wiederherstellung, um den Nachtheil wieder von sich abzuwenden. Hat sie aber den Vortrag beigebracht und darin nur einzelne thatsächliche Behauptungen des Gegners nicht beantwortet, so wäre sie, da hier kein Versäumungserkenntniß erfolgt, die Wiederherstellung des §. 658 also nicht Statt hat, weit übler daran, wenn nicht das Gesetz zum Schutze des materiellen Rechts in den §§. 289 und 364 verordnet hätte, daß sie in solchen Fällen auf ihr Versäumniß nochmals besonders aufmerksam zu machen und jetzt speciell hinsichtlich der unbeantwortet gebliebenen Thatsachen zur bestimmten Antwort unter dem Rechtsnachtheil des Geständnisses aufzufordern sei.

D. R.

II.

Zum Aufsatze in Nr. 38 der Annalen (zweiter Jahrg.) über Protocollirung von Geständnissen und thatsächlichen Erklärungen.

Gegen die dort vorgetragenen Beobachtungen dürfte aus der Erfahrung des nämlichen Gerichtshofes zu erinnern seyn:

Thatsächliche Erklärungen im mündlichen Vortrage zum Vortheil der eigenen Partei kann der Gegner füglich unbeantwortet lassen, denn er muß wissen, daß darauf nach §. 1118 der Prozeßordnung vom Richter keine Rücksicht genommen werden darf. Indessen sind dennoch beim hiesigen Gerichtshofe die Replikvorträge nichts seltenes, und gerade diese werden fast immer nur durch thatsächliche Anführungen des appellatischen Anwaltes veranlaßt, da hier beim mündlichen Verfahren in der Regel jeder Anwalt nur einen Vortrag haben soll.

Eine thatsächliche Erklärung zum Vortheil der Gegenpartei ist nichts anderes, als ein Geständniß; werden dergleichen Geständnisse nicht auf Verlangen jener Partei ins Gerichtsprotocoll aufgenommen, so sind sie gleichfalls werthlos, und gelten nicht einmal für außergerichtlich abgelegt. Indessen hat es damit wenig auf sich: wirklich erhebliche Geständnisse kommen keineswegs häufig, sondern sehr selten vor, und wird alsdann deren Protocollirung vom Gegentheile verlangt, so pflegt augenblicklich die Erwiederung zu folgen: er, Anwalt, habe kein Geständniß abgelegt, und besitze dazu auch keine Specialvollmacht.

Schriftliche Eingaben in die Gerichtssitzungen sind bisweilen, wenn sie offenbar unzuläßig waren, von Amtswegen zurückgegeben worden; so z. B. eine gegen die im §. 1215 verstattete gerichtliche Anordnung nachgeschobene Vernehmlassung, welche weder neue Thatsachen, noch Beweisvorschläge enthielt. Andere Eingaben jedoch, welche nach §. 1115 zuläßig sind, oder deren Unzuläßigkeit wenigstens nicht so unbedingt klar ist, werden — nach der Erfahrung des Einsenders — regelmäßig dem Gegentheil auf der Stelle zur Erklärung hingereicht, ohne abzuwarten, ob dieser es für geeignet finden sollte, von der unter seinen Augen geschehenen Eingabe Notiz zu nehmen oder nicht. Eine Anwendung des richterlichen Fragerechtes kann man eine solche Aufforderung nicht wohl nennen, noch weniger aber kann sie einem Herauspressen der Antwort verglichen, noch irgend etwas Unangenehmes für Richter oder Anwälte darin gefunden werden.

* * *

III.

Ueber den Unterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung zu dem Aufsatze IV. in Nr. 30 (zweiter Jahrgang) der Annalen.

Es dürfte darüber, daß der im oben angeführten Aufsatze enthaltene Fall, wo ein Rentamt einem der Zehntknechte die Zehntscheuer, um mit den andern Zehntknechten die darin befindlichen Garben zu dreschen, mittelst Einhändigung der Schlüssel förmlich anvertraut hatte, und dann diese von den gedroschenen Früchten heimlich hinwegnahmen, nicht für einen Diebstahl, sondern nur für eine Unterschlagung durch Veruntreuung zu halten sei, kein erheblicher Zweifel übrig bleiben. Es wurde jedoch schon die weiter gehende Ansicht aufgestellt, und behauptet, daß, wenn ein Drescher aus der Scheuer des Eigenthümers während der Arbeitszeit Getreide entwende, hierin ebenfalls nur eine Veruntreuung liege. Diese Meinung hat zwar als Gewährsmann den Criminalisten Tittmann für sich (§. 225 dessen Strafrechtswissensch.), und wird darauf zu gründen gesucht, daß der Drescher im Besitz der Sache mit Willen des Eigenthümers sei, und bei dem Diebstahl es einzig darauf ankomme, daß die Sache dem Besitzer entzogen werde, und nicht nöthig sei, daß diesem zugleich das Eigenthum der hinweggenommenen Sache zustehe, der Besitzer also, der nicht Eigenthümer sei, und die inhabende Sache sich heimlich zueigne, keinen Diebstahl, sondern nur eine Unterschlagung begehen könne. Allein, so richtig es immer ist, daß der Diebstahl nur das Verhältniß des Entwenders zum Besitzer des entfremdeten Gegenstands betreffe, und nur der Entzug des Naturalbesitzes, und nicht auch der Verlust des Eigenthums dabei in Berücksichtigung fällt; so folgt hieraus noch keineswegs, daß der in das Haus angenommene Drescher, wenn er beim Dreschen Getreide dem Eigenthümer entwendet, keinen Diebstahl, sondern nur eine Unterschlagung begehe. Es ist hierüber zuvörderst zu bemerken, daß Tittmann selbst im §. 449 der Strafrechtswissenschaft, wo er näher über den Begriff der Wegnahme einer Sache wider Willen des Besitzers handelt, mit dem im §. 525 gegebenen Beispiel der Unterschlagung durch den Drescher in Widerspruch geräth, da er im erstern Paragraphen einen Diebstahl der Hausgenossen durch Entwendung einer ihnen zugänglichen und zur Besorgung übergebenen Sache zugiebt, sobald ihnen nicht darüber eine förmliche Aufsichtsführung, Verwaltung oder Verwahrung anvertraut gewesen sei, weil sie nur dann im eigentlichen Sinn besessen hätten, und wobei er als Beispiel anführt, daß, wenn ein Dienstbote in den Keller geschickt werde, um eine bestimmte Menge Wein zu holen und er bei dieser Gelegenheit einige Bouteillen hinwegnimmt, oder durch einen Dritten nehmen läßt, diese That einen Diebstahl ausmache, es hingegen bloß eine Unterschlagung dann seyn würde, wenn ein als Kellermeister angestellter Bediente den Wein entfremdete. Gemäß diesem Beispiel aber muß auch Derjenige als Dieb angesehen werden, der im Hause zum Dreschen bestellt wurde, und bei diesem Anlaß Getreide hinwegnimmt, da es sich mit diesem, wie mit dem, der in den Keller geschickt wurde, ganz gleich verhält. Man wird hierüber auch nie in Zweifel kommen, sobald man die Begriffe von Besitz und Anvertrauung nach ihrem eigentlichen Sinn festhält, und es dürfte wünschenswerth seyn, daß diese Sache nie zweifelhaft werde, da der Fall derartiger Entwendung gar oft sich zu ereignen pflegt, den man bisher bei den diesseitigen Gerichten auch immer und sicher mit Recht unter den Gattungsbegriff von Diebstahl gebracht hat. Sieht man nämlich auf den Besitz, so vermag der Eigenthümer seine eingeheimsten Garben nicht anders als in seine Scheuer zu legen. Solche befinden sich hier, als in einem Behältnisse untergebracht, in seiner häuslichen Obsorge und Verwahrung, und so lange er nicht die Garben einem Andern außer dem Hause übergeben, oder diesem die Scheuer selbst mit den darin liegenden Sachen unter Begebung seiner Obsorge förmlich anvertraut hat, bleibt der Eigenthümer in fortwährendem Naturalbesitz der Dinge in seiner Scheuer, so wie dieser Besitz nach der Natur des Gegenstandes sich formiren kann, und es vermag dagegen ein Anderer dadurch keinen Besitz, oder auch nur Mitbesitz zu erlangen, daß ihm zu den Garben freier Zutritt gestattet wurde, um solche in der Scheuer des Eigenthümers zu dreschen; denn nicht jede durch Letztern zugestandene Ergreifung einer Sache ist schon Besitz im rechtlichen Sinne, sondern es gehört dazu, daß der vorige Inhaber den Naturalbesitz auf- und dem Andern übergebe, was aber hier der Fall nicht ist, weil der Eigenthümer wie von Anfang im gleichen Naturalbesitze der Garben bleibt, diese nicht aus dem zu ihrer Verwahrung bestimmten Raum kommen und seine Obsorge immer fortdauert, der Andere demnach durch ein bloßes Bearbeiten der Garben in keinen eigentlichen Besitz derselben kommt, da gegen diese nur anläßliche Ergreifung der Garben zum Behuf der Abdreschung der in seiner ursprünglichen Form fortdauernde Naturalbesitz des Eigenthümers jedenfalls prävaliren müßte, und eine wahre Innhabung des Andern ausschließt. Hiernach ergiebt sich denn weiter, daß in diesem Falle dann auch nicht von einer wirklichen Anvertrauung die Rede seyn kann. Diese setzt immer voraus, daß der Eigenthümer dem Andern eine Sache zur besondern Verwahrung übergebe, oder die Aufsichtsführung über den Raum, inner dem Sachen befindlich sind, förmlich statt seiner übertrage, und Ersterer sich hiedurch derselben selbst begebe. Es muß eine wahre custodia auf den Andern übergehen und ihm hiezu der Gegenstand völlig zur Detention eingeräumt seyn. Wenn aber der Eigenthümer dem bestellten Drescher bloß nur

den Zugang in die Scheuer und das Berühren der Garben, um solche dreschen zu können, gestattet; so ist klar genug, daß hier kein solches Anvertrauen vorliegt, wodurch die ganze Obsorge und Verwahrung, die sonst vorher der Eigenthümer versah, von diesem dem Andern übertragen worden sei. Kurz, die bloße Zulassung der Ergreifung einer Sache durch einen Andern vom Eigenthümer ist noch keine Aufhebung seines Naturalbesitzes und keine Einwilligung zur Innhabung für Erstern, keine wirkliche Anvertrauung, wie das Gesetz den Begriff derselben giebt, und wollte man der gegentheiligen Ansicht Raum geben, so ist alsbald ersichtlich, daß es keinen Dienstbotendiebstahl als etwa noch an verschlossenen Gegenständen, also nur mit Effraction geben könnte, weil die unverschlossenen Sachen, welche Dienstboten zu besorgen haben, ihnen eben so, wie dem Drescher die Garben, im alltäglichen Wortsinn genommen, anvertraut sind, d. h. daß ihnen der Zugang zu solchen und deren Besorgung gestattet werden muß. Hierin aber ein wahres Anvertrauen mit Besitzübergabe zu finden, würde offenbar zu weit führen, daher die Gerichte die bisherige Ansicht, in diesem Fall einen Diebstahl anzunehmen, festzuhalten haben werden.

Merk.

IV.

Rechtsfall zur Erläuterung des §. 344 ff. der Prozeßordnung.

In einer vor einem Amte angestellten Klage ward gebeten, den Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Summe Geldes anzuhalten, wozu, freilich etwas versteckt, als Klaggrund der angeführt war, daß Kläger dem Beklagten diese Summe Geldes zur Betreibung eines gemeinschaftlichen Viehhandels vorgeschossen habe. Der Beklagte rügte den Mangel eines bestimmten thatsächlichen Klaggrundes, und bat um Verwerfung der Klage angebrachtermaßen, ließ sich jedoch eventuell ein, und brachte mehrere Einreden vor, unter andern auch, der zum Zweck des Viehhandels bestandene Gesellschaftsvertrag seie aufgelöst worden, und Kläger habe seine gänzliche Befriedigung mit den aus dem Vertrag zu erhebenden Ansprüchen erhalten, er bat in dieser Beziehung um Abweisung der Klage. Der Kläger erklärte hierauf sonderbar genug, er lasse sich auf die Einwendungen des Beklagten in nichts ein, sondern bitte, denselben zur Rechnungsstellung anzuhalten, eine andere Erklärung gebe er nicht ab. Der Beklagte sah darin eine gänzliche Klagänderung, und bat, darauf gestützt, wiederholt um Verwerfung der Klage angebrachtermaßen, welche auch der Unterrichter auf den Grund der geänderten Klage aussprach. Der Kläger appellirte dagegen, indem er die Aenderung der Klage bestritt, und es wurde dahier in der Appellationsinstanz erwogen. Es läßt sich zwar nicht bezweifeln, daß die auf Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes gerichtete und mit einer hinlänglichen thatsächlichen Begründung versehene Klage durch die Erklärung des Klägers auf die Einrede der Bezahlung seiner Ansprüche: er verlange vom Beklagten Rechnungsstellung, hinsichtlich des Klagsuchens ein abgeänderter Klagvortrag enthält, indem das erste Suchen auf Bezahlung einer bestimmten Summe Geldes aus einem Gesellschaftsvertrag, und das zweite Suchen auf Rechnungsstellung aus dieser Gesellschaft gerichtet ist. Diese Aenderung des Klagsuchens ist auch sehr erheblich, indem im ersten Fall der Kläger hinsichtlich seiner bestimmten Anforderung beweispflichtig ist, und er im andern Fall auf den Beklagten die Pflicht der Rechnungsstellung aus einem Gesellschaftsverhältniß wälzen will. Allein eine, wie hier, nach der Einlassung auf die Klage geschehene und daher schlechthin unzuläßige Klagänderung hat nach der Vorschrift des §. 346 der Prozeßordnung nicht die Folge, daß nunmehr die erste und nachmals abgeänderte Klage angebrachtermaßen verworfen werden muß, sondern die neue abändernde Klage ist zurückzuweisen, indem der Beklagte nur dann schuldig ist, sich darauf einzulassen, wenn, was hier nicht geschah, der Kläger die erste Klage fallen läßt. Die Verwerfung der ersten Klage angebrachtermaßen ist demnach dahin abzuändern, daß dem Unterrichter aufgegeben wird, unter Zurückweisung des abgeänderten Klagesuchens, hinsichtlich der Rechnungsstellung weitere Verhandlungen zu pflegen. Weiteres konnte in der Appellationsinstanz nicht geschehen, denn man durfte dem Recht des Beklagten nicht vorgreifen, nunmehr zu verlangen, daß etwa der Kläger nach Lage der Sache als ungehorsam mit seiner Replik ausbleibend behandelt werde. Dieses zu verlangen, wäre auch für den Beklagten sachdienlicher gewesen, als daß er um Verwerfung der Klage angebrachtermaßen anstand.

Sander.

V.

Nebenfolgen der peinlichen Verbrechen.

Dem unter dieser Aufschrift in Nr. 35 (zweiter Jahrg.) der Annalen enthaltenen Aufsatze ist die Aufforderung beigefügt, die weiteren Fälle, die man außer den dort zusammengestellten noch anzugeben weiß, ebenfalls einzurücken, was hiermit geschieht.

1) Durch die Verurtheilung zum Zuchthaus wird der Verbrecher, nach §. 27 des achten Organisationsedicts, während der Dauer der Strafzeit völlig mundtodt, mithin des Gebrauchs aller bürgerlichen Rechte unfähig.

2) Die Verurtheilung zum natürlichen Tod zieht vermöge L. R. S. 23 den bürgerlichen nach sich, sobald das Todesurtheil zur Verkündung genehmigt, wenn gleich nicht vollzogen wurde (Erläuterungen Nr. 37 zu §. 26 des Strafedicts). Die hieraus entspringenden Folgen sind im L. R. S. 25 gesetzlich bestimmt.

3) Die verläumdeten Personen, von welchen der §. 2 der Eidesordnung handelt, können, selbst wenn sie die nach §. 37 der Verfassungsurkunde erforderlichen Eigenschaften besitzen, nicht als Landtagsabgeordnete zugelassen werden, weil sie unfähig sind, den durch den §. 69 ibid. vorgeschriebenen Eid zu leisten.

Bayer.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 22. November 1834.

I.

Abenteuer eines Landstreichers.

Im Jahr 1804 gieng Peter Samion aus Berlicum bei Herzogenbusch unter dem Namen Blasius als Laienbruder in das Franziskanerkloster zu Limburg an der Lahn. Während seines Noviziats wurde er als Koch unterrichtet und bald nach abgelegtem Profeß in das Kloster Marienthal (in Rheinpreußen) versetzt, von wo er im Herbste 1812, als er auf das Terminiren ausgeschickt war, heimlich entwich, weil ihm der Pater Guardian wegen Indisciplin einige Backenstreiche applicirt hatte. Mit einem aus dem Kloster mitgenommenen Brevier und einem selbstverfaßten Zeugniß versehen, wornach „Blasius Samion" am 5. Juni 1806 zum Priester geweiht worden, begab sich der Laienbruder nach Neunkirchen, wo er aus seinem Oberkleid und Mantel einen Frack nebst Weste und Beinkleider verfertigen ließ und einen Hut kaufte. So ausgerüstet zog er nach Geldern; dort wies er sich mit dem falschen Attestate als Priester aus, fand Aufnahme in dem Kapuzinerkloster, las täglich um 15 kr. die erste Messe, sang an Sonn- und Feiertagen zu Jedermanns Erbauung das Amt, hielt Nachmittags öfters die Vesper und übte noch andere geistliche Functionen aus.

Auf einmal war er verschwunden; man wußte nicht wohin er kam. Kurz darauf stellte ein gewisser Herr von Wagemann, welcher zu Runem bei Rürmond ein Schloß besaß, einen ihm recommandirten „Pater Blasius" als Hauscaplan gegen Kost und Wohnung an. Mehrere Monate lang hat Blasius in der Schloßcapelle und auch in benachbarten Ortschaften an Sonn- und Feiertagen die Messe gelesen. Inzwischen hatten die Geistlichen von Geldern in Erfahrung gebracht, daß Blasius ein falscher Priester sei. Ein dortiger Pater, von dem Treiben des Blasius auf dem Schlosse zu Runem unterrichtet, schrieb, in der Meinung, daß sich noch ein wirklicher Geistlicher daselbst befinde, an diesen, daß Blasius bloß ein Laienbruder sei, welchen der Provinzial aufsuchen lasse. Samion, als der einzige im Ort bekannte Geistliche, empfieng diesen Brief, in welchem auch ein wohlverdienter Verweis an ihn selbst enthalten war, und entließ den Boten mit dem Versprechen, nächstens zu antworten, machte sich aber am Pfingstmontage, in der Nacht vom 7. Juni 1813, heimlich davon, und zwar mit Hinterlassung seiner Papiere. Er sorgte jedoch mit gewohnter Fertigkeit bald für andere, womit er sich in Brüssel als Geistlicher legitimirte. Er las dort ungefähr einen Monat lang in einer Capelle täglich die Messe um 14 Stüber und fand alsdann für gut, sich heimlich zu entfernen, weil er merkte, daß man ihm wieder auf der Spur sei. Nun kam er unter dem Namen „Schauten" nach Hechtel, wo er mit einem jährlichen Gehalt von 500 Franken nebst freier Wohnung ꝛc. als Caplan angestellt wurde. Ungefähr drei Monate lang trieb er da sein Wesen; er las täglich die Messe, theilte öfters das Abendmahl aus, hörte Beichte, predigte und hielt die christliche Lehre. Am 13. Decbr. 1813 las er in einem benachbarten Orte die Messe und gewahrte während dieser Handlung einen Geistlichen aus Geldern in der Kirche, weßhalb er sich gleich nach dem Gottesdienst, ohne das bei dem Ortspfarrer bereit gehaltene Frühstück einzunehmen, nach Hechtel zurück verfügte und in der Nacht von dort entwich, indem er eine geliehene Taschenuhr und zwölf Kronenthaler, die ihm für Haltung von Jahrstagen gegeben waren, mit sich nahm. Des geistlichen Lebens müde, mischte er sich, nach aufgezehrter Baarschaft, unter die französischen Deserteure, die damals schaarenweise die Niederlande durchzogen, erhielt überall Quartierbillets von den feindlichen Befehlshabern und gelangte so nach Münster in Westphalen. Von dort wurde er, weil er sich für einen Niederländer ausgegeben, nach Duisburg instradirt und da am 11. April 1814 als Soldat unter dem Namen „Anton Martens" engagirt. Er machte die Schlacht bei Waterloo mit, empfieng am 2. Juni 1820 zu Antwerpen seinen Abschied und verblieb noch etwa ein Jahr als Aufseher bei den Festungswerken allda. Nachdem er die Abschiedsurkunde und das von seinem Hauptmann erhaltene Zeugniß durch Veränderung der Jahrszahlen verfälscht hatte, reiste er im Sommer 1821 langsam nach Deutschland herauf und besuchte im October den Pfarrverwalter zu Marienthal, welcher als früherer Klostergeistlicher

daselbst den ehemaligen Laienbruder aus Mitleiden bei sich behielt. Samion spielte den reuigen Sünder und diente dem Pfarrverwalter als Küster. Bald fieng er aber an, auswärts für eigene Rechnung zu terminiren, auf den Namen des Pfarrverwalters zu borgen und sich hin und wieder an dem Opfergeld zu vergreifen. Befürchtend, daß seine Untreue schlimme Folgen nach sich ziehen könne, machte er sich nach einem dreizehnmonatlichen Aufenthalt nächtlicherweile aus dem Staube, durchstreifte bald als Pater, bald als Laienbruder die Niederlande und verfaßte endlich wieder ein falsches Zeugniß, welches ihn als den Franziskaner-Priester „Bernhardin Mertens" bezeichnete. Damit kam er im October 1823 zu dem Pfarrer Breuer in Bottenbreich und präsentirte sich diesem, mit dem Brevier unter dem Arme, als Ordensgeistlicher, welcher mit Erlaubniß seiner Obern nach Holland reise. Der Pastor hieß ihn freundlich willkommen, bot alles auf, was Küche und Keller vermochten und räumte dem Gaste sein eigenes Schlafgemach ein, weil das Fremdenzimmer nicht in gehörigem Stande war. Den andern Morgen las der Fremdling eine Messe und ließ sich nicht länger mehr aufhalten, weil er noch vor dem Advent wieder in seinem Kloster seyn müsse. Späterhin vermißte der Pfarrherr sein Testimonium Presbyteratus, seinen Ernennungsschein als Ortspfarrer und seine Approbation zum Beichthören nebst einer Stola von blauer Seide und schöpfte Verdacht, daß ihm diese Gegenstände von Pater Bernhardin aus dem Schlafzimmer entwendet worden seyn mögen. Noch mehr überraschte ihn aber das Eintreffen eines von dem Vicariat zu Aachen abgesandten Commissärs, welcher untersuchen sollte, warum er, Pfarrer Breuer, seine Kirche verlassen und von seiner Gemeinde sich entfernt habe? — Denn mittlerweile hatte sich Samion als Pfarrer Breuer mit der Stola herumgetrieben, von der Gastfreundschaft seiner Standesgenossen gelebt und fleißig Messe gelesen. Um aber allen Nachstellungen auszuweichen, schlug er den Weg nach Paris ein, woselbst er in dem irländischen Seminarium einige Zeit beherbergt und verpflegt wurde. Weil ihm der Vorstand des Seminars, welchem er gesagt hatte, daß er in Familienangelegenheiten nach St. Brieur in der Bretagne reisen wolle, dieses Unternehmen als gefährlich widerrieth, so kehrte er, mit Reisegeld versehen, nach den Niederlanden zurück. Doch hier durfte er, wegen der Gefahr entdeckt zu werden, nicht verweilen. Er strich daher wieder am Rhein herauf und gieng über Frankfurt, Aschaffenburg rc. nach Walldürn in das Capuzinerkloster, wo er in der bisher beibehaltenen Stelle des Pfarrers Breuer von Bottenbreich bei Cöln das Mittagsmahl einnahm und dann dem dasigen Pfarrverwalter einen Besuch abstattete, um sich die Erlaubniß zu erwirken, den andern Morgen in der Pfarrkirche den Gottesdienst zu halten. Seine Bitte wurde ihm gewährt; allein der Zufall wollte, daß ein Wallfahrer aus der Gegend von Linz am Rhein, welcher sich früher als Küchenjunge gleichzeitig mit Samion in dem Kloster Marienthal befand, der Messe anwohnte und den ehemaligen Klosterkoch erkannte. Doch auch Samion hatte seinen früheren Gehülfen unter der versammelten Christenheit erspäht und sich, aus Furcht verrathen zu werden, gleich nach beendigtem Gottesdienste aus Walldürn entfernt, ohne bei dem Pater Guardian und Pfarrverwalter Abschied zu nehmen. Den andern Tag wurde er in Gottersdorf verhaftet und dem Amte Walldürn zur Untersuchung überliefert. Seinen bisherigen Lebenswandel wollte er damit entschuldigen, daß er bei dem Mangel eines ihn ernährenden Gewerbs sich als Geistlicher durchzubringen gesucht und die Absicht gehabt habe, als Büßender bei den Trappisten in der Schweiz sich seinen lebenslänglichen Unterhalt zuverschaffen, oder, wenn er dort nicht aufgenommen werde, zu dem Ordensgeneral nach Rom zu reisen, alles zu beichten und bei dem nahen Kirchenjubiläum Absolution zu erlangen und Aufnahme in einem italienischen Kloster zu finden. Die Untersuchung hatte sich, der vielen nöthig gewordenen Requisitionen wegen, etwas in die Länge gezogen. Samion, kein Freund der sitzenden Lebensweise, mochte das Ende nicht erwarten und entfloh in der Nacht vom 25. August 1824 aus dem Gefängnisse, nicht ohne Lebensgefahr. Mit ihm ist auch der Mantel des Gefangenwärters unsichtbar geworden, welcher zum Trocknen ausgehängt war. Die gerichtlichen Nachstellungen blieben erfolglos. Am 30. August nach Sonnenuntergang sprach bei dem Pfarrer zu Wellmich ein Fremdling ein, der sich als Geistlicher aus dem Kloster Salmünster bei Miltenberg vorstellte und viele freundliche Grüße von einem benachbarten Pfarrer überbrachte. Nach der Mahlzeit wurde ihm das Zimmer des gerade abwesenden Caplans als Nachtquartier angewiesen. Den andern Morgen frühstückte der Reisende in der Küche und empfahl sich. Der Pfarrer, welcher eben im Fenster seines Schlafzimmers lag, wünschte ihm Glück auf die Reise. Man vermißte bald nachher das dem Caplan gehörige Messer, dessen sich der Fremde beim Frühstück bedient hatte. An dem nämlichen Tage erschien gegen Abend ein angeblicher Franziskaner aus Fuld in dem Pfarrhause zu Kamp, meldete viel Schönes von dem Herrn Pfarrer zu Wellmich, bei welchem er übernachtet habe und legte seinen grauen Mantel, welchen er der großen Hitze wegen auf der Schulter getragen, ohne viele Umstände ab, wie wenn er da zu Haus wäre.

Der Caplan von Wellmich, welcher sich zum Besuche allda befand, führte den Franziskaner in den obern Stock zum Pfarrer und gieng sogleich wieder in die untere Stube, wo der Fremde seinen Mantel auf dem Ofen hatte liegen lassen. Der ob dem sonderbaren Aufzug des Ankömmlings staunende Caplan bemerkte sogleich, daß eines seiner Pfeifenröhren aus

d. Tasche des Mantels hervorstehe, griff in diese Tasche und fand nebst seinem Zulegmesser auch zwei seiner Sacktücher. Diese Stücke sah der Fremde, als er wieder aus dem obern Stock herunter kam, in den Händen des Caplans, welcher, anscheinend aufgebracht und ohne ein Wort zu reden, das Haus verließ. Der wandernde Franziskaner vermuthete, daß derselbe den Ortsvorstand herbeirufe und eilte von dannen nach Lahnstein zu, war aber kaum 150 Schritte von Kamp entfernt, als ihn der Ortsvorsteher einholte und zu dem Caplan zurückführte. Hier gestand der Verhaftete, daß er aus dem Zimmer in dem Pfarrhaus zu Wellmich, worin er übernachtet, die zwei Tücher nebst der Tabakspfeife, sodann die Anstellungsurkunde des Caplans und ein Hemd, welches er auf dem Leibe trage, entwendet habe. Ferner bekannte er, daß er bei seiner Abreise von Wellmich nach dem Frühstück das Zulegmesser mitgenommen. Die Anstellungsurkunde wollte er sich zugeeignet haben, um als Geistlicher bei den Pfarrern Kost und Herberge zu erhalten; unterwegs habe er aber schon bei genauerem Durchlesen gesehen, daß er keinen Gebrauch davon machen könne, weil nach dieser Urkunde der Caplan höchstens vierundzwanzig Jahr alt sei.

Der Arrestant wurde nun an das herzogl. nassauische Amt Braubach und von diesem an jenes zu Grarshausen, in dessen Bezirk Wellmich gelegen ist, zur Untersuchung abgeliefert. Nach einigen Tagen führte man ihn an das Criminalgericht zu Wiesbaden ab, wo er sich als den aus dem Gefängniß zu Walldürn entsprungenen Peter Samion zu erkennen gegeben hat. Nach Walldürn zurückgebracht, gab Samion an, daß er bei seiner aus Ungeduld über den langen Arrest ergriffenen Flucht den Mantel des Gefangenwärters darum mitgenommen habe, weil er bloß in Hemdärmeln und kleiner Montur gewesen sei, so daß er als verdächtig leicht arretirt worden seyn würde, wenn er keinen Oberrock und Mantel gehabt hätte. Nach seiner Erzählung brachte er bis zum 30. August die Nächte unter freiem Himmel zu und stand einigemal in Gefahr, aus Mangel an Speise und Trank zu verschmachten. Der Trieb der Selbsterhaltung überwand endlich seine Besorgniß, entdeckt zu werden; er nahm wieder zur geistlichen Zehrung seine Zuflucht und verfiel in sein altes Vergehen. Wäre er nicht rückfällig geworden, so hätte es ihm, obgleich durch Steckbriefe verfolgt, vielleicht gelingen mögen, dem unsichtbaren Arme der strafenden Gerechtigkeit für immer zu entrinnen und in der Schweiz oder jenseits der Alpen ein Asyl zu finden.

Samion ward wegen Landstreicherei, Diebstahl und Betrug von dem unterrheinischen Hofgerichte auf längere Zeit in das Zuchthaus verurtheilt und demnächst des Landes verwiesen.

Bayer.

II.

Ueber Acceptation der Wechsel und ihre Folgen.

Es kommt nicht selten vor, daß der Trassat in Beantwortung des Berichtbriefs dem Trassanten die Annahme des Wechsels, die Honorirung, zusagt, und es entsteht nun die Frage, ob der Wechselinhaber, der von diesem Versprechen meistens Kenntniß erhält, gegen den Trassaten, wenn sich derselbe bei Präsentation des Wechsels der Acceptation weigert, die Acceptation erzwingen und die Wechselklage auf Wertherstattung anstellen kann. Damit steht sodann die wichtige Frage in Verbindung, wem die in Händen des Trassaten befindliche Bedeckung des Wechsels in einem solchen Fall gehört, ob nämlich der Wechselinhaber die Provision seines Wechsels bei dem Trassaten ausklagen kann, oder ob dieselbe im Fall eines unterdessen ausgebrochenen Falliments des Trassanten in dessen Concursmasse zurückkehrt und nun der Wechselinhaber dorten seinen Wechselwerth liquidiren muß.

Wenn man den Wechselvertrag in allen seinen Wirkungen und Rechtsverhältnissen zwischen dem Trassanten, Trassaten und Wechselinhaber als einen und eben denselben Vertrag betrachtet, welcher durch Ausstellung des Wechsels an den Wechselinhaber zu gleicher Zeit auch gegen den zumal mit einer Provision versehenen Trassaten hinsichtlich seiner Verhältnisse zum Wechselinhaber in Wirkung tritt, so wird man für obigen Fall sagen, der Trassat habe sich durch sein Versprechen der Annahme des Wechsels gegen den Trassanten dazu verbunden. Wenn nun der Trassant den Wechselinhaber davon in Kenntniß setzt, so kann dieser im Vertrauen auf die Erfüllung dieses Versprechens bewogen werden, dem Trassanten den Wechselwerth zu behändigen, und es wäre eine unrechtmäßige Täuschung dieses Vertrauens, wenn der Trassat von seinem Versprechen der Annahme wieder abgehen wollte. Man kann ihm dieses aber um so weniger zulassen, als der Trassant durch Ausstellung des Wechsels den Wechselinhaber in seine Rechte gegen den Trassaten eingesetzt hat, wozu denn auch das Recht gehört, die Erfüllung des Versprechens der Wechselannahme zu erhalten und folgeweise nach Anhangsatz 127 die Bezahlung zu erzwingen. Man wird behaupten, der Trassant verbinde sich durch Ausstellung des Wechsels gegen den Remittenten, ihm den Wechselwerth bei dem Trassaten zu verschaffen, und wenn nun derselbe schon die Provision des Wechsels in Händen habe, so seie das Rechtsverhältniß des die Annahme des Wechsels zugesagt habenden Trassaten die vom Schuldner angenommene Zahlungsanweisung an einen neuen Gläubiger, oder die vom Schuldner anerkannte Uebertragung der Forderung des Trassanten an den Trassaten auf den Remittenten, wo bei beiden Rechtsverhältnissen der Remittent überall die

Rechte des Zahlungsanweisers oder des Cedenten geltend machen könne.

Allein durch solche Vergleichungen des nun einmal durch Handelsgebrauch und Handelsgesetze zu einem eigenthümlichen Vertrag geschaffenen Wechselgeschäfts mit andern ähnlichen Rechtsgeschäften des gemeinen bürgerlichen Rechts ist schon das größeste Unheil gestiftet und dadurch insbesondere das Schwanken des Begriffs eines Wechselgeschäfts herbeigeführt worden, daß man nie sich bemühte, den Wechselvertrag für sich auszubilden, sondern immer nur suchte, ihn andern bürgerlichen Rechtsgeschäften anzupassen. Der Wechselvertrag ist keine Zahlungsanweisung und keine Forderungsübertragung, denn er kann eben so gut zu Stande kommen für den Fall, wo der Trassat nicht Schuldner des Trassanten ist, als in dem Fall, wo er ihm den Betrag des Wechsels schuldet, und es ist daher der Entscheidung der aus dem Wechselgeschäft sich entspinnenden Fragen als erste Norm ihrer Beurtheilung nicht ein ähnliches Rechtsgeschäft des gemeinen bürgerlichen Rechts zu unterlegen, sondern solche ist allein und vor Allem aus den Vorschriften des Handelsrechts selbst zu schöpfen. Hier finden wir nun im Anhangsatz 121 die Vorschrift, daß, wer einen Wechsel annimmt, sich dadurch verpflichtet, den Betrag desselben zu bezahlen, und im Anhangsatz 140 die Bestimmung, daß Alle, welche einen Wechsel ausgestellt, zugeschrieben oder angenommen haben, dem Wechselinhaber zur Gewährleistung der Zahlung sammtverbindlich haften. Damit ist nun ausgesprochen, daß lediglich und allein die Annahme des Wechsels selbst, gegen den Inhaber, den Trassaten zur Zahlung verpflichtet, und wenn der Remittent den Trassanten, der ihm die Ausstellung eines Wechsels zusagte, nicht zur Ausstellung des Wechsels mit der Wechselklage zwingen kann, so kann er noch weniger den Trassaten zur Annahme zwingen, wenn dieser nicht ihm, sondern dem Trassanten die Annahme des Wechsels zugesagt hatte. Dem Trassaten ist nirgends auch nur entfernt und ohne Unterschied des Besitzes oder des Nichtbesitzes einer Provision eine Pflicht zur Annahme des Wechsels auferlegt, und er wird dem Wechselinhaber für die aus dem Wechsel, beziehungsweise seiner sich entspinnenden Rechtsverhältnisse erst durch seine Annahme des Wechsels selbst verbindlich. Eben deßhalb kann sich aber auch der Wechselinhaber auf die Rechtsverhältnisse des Trassaten mit dem Trassanten in nichts beziehen, der Besitz einer Provision von Seiten des Trassaten kann den Remittenten nicht berechtigen, ihn zur Annahme des Wechsels zu zwingen, und wenn auch der Trassant vom Trassaten das Versprechen der Wechselannahme erhalten hat, so ist dieß Versprechen in Beziehung auf den Wechselinhaber eine Sache unter Dritten, und er kann daher dessen Erfüllung nicht erzwingen. Es läßt sich in dieser Hinsicht der allgemeine Grundsatz aufstellen, daß der Wechselvertrag bezüglich seiner Rechtsverhältnisse zwischen den drei Personen, des Trassanten, Trassaten und Wechselinhabers erst und nur durch die vom Trassaten gegen den Wechselinhaber ausgesprochene Annahme des Wechsels vollendet wird, und daß alle Beziehung auf Rechtsverhältnisse zwischen dem Trassanten und Trassaten diese Vollendung nicht ersetzen, oder hervorbringen kann. Der Trassat kann allerdings wegen Nichterfüllung seines Versprechens der Wechselannahme einer Entschädigungsklage des Trassanten anheimfallen, allein diese Klage ist eine rein persönliche Klage des Trassanten und genießt keines Wechselrechts. Der Trassant kann diese Klage dem Wechselinhaber abtreten, allein dieß ist alsdann ein neues Rechtsgeschäft in Beziehung auf ein unvollendetes Wechselgeschäft, es ist aber kein Wechselvertrag selbst, der, wie gesagt, in Beziehung auf die Rechtsverhältnisse zwischen dem Remittenten und Trassaten nicht zu Stande gekommen ist. Man kann sich dagegen nicht auf Grundsätze des deutschen Wechselrechts beziehen, denn es giebt noch genug deutsche Wechselordnungen, z. B. die Augsburger, Cap. III. §. 11, die östreichische, Art. 10, welche die auf den Wechsel selbst gesetzte Annahme als die allein gültige anerkennen, und mag selbst Brauer zu Anhangsatz 114 a.—c., unter Bezug auf Scherers Handbuch des Wechselrechts V., Acceptation §. 7, eine Pflicht der Annahme gedeckter Wechsel bei zuvor geschehener Annahme des Wechsels gegen den Trassaten aufstellen, so ist solche Pflicht in unserm Handelsrecht nirgends vorgeschrieben, und um aus dem Wechselvertrag mit Wechselstrenge zu verfahren, bedarf es einer gesetzlichen Vorschrift. Ueberdieß ist die Meinung Brauers nur auf gedeckte Wechsel zu beziehen, sie ist in dieser Beziehung unpractisch, weil bei Läugnen der Deckung der Wechselinhaber den Beweis der Deckung führen muß, was ihm in den meisten Fällen, wenigstens im abgekürzten Wechselprozeß, nicht gelingen wird. Sodann ist aber die Meinung Brauers wahrscheinlich darauf gebaut, daß er glaubt, die Provision des Wechsels sei bei Ausstellung desselben alsbald Eigenthum des Remittenten geworden, und ertheile ihm daher stärkere Rechte gegen den Trassaten, als er im andern Fall der nicht bestehenden Provision besitzt. Allein nirgends legt unser Wechselrecht bezüglich der Verhältnisse des Trassaten zum Remittenten ein Gewicht auf den Besitz einer Provision, und es wird sich überhaupt nachweisen lassen, daß sie vor Annahme des Wechsels gegen den Wechselinhaber keineswegs dessen Eigenthum ist.

Eine nicht zu beanstandende Thatsache ist es, daß die in Händen des Trassaten ruhende Deckung vor Ausstellung des Wechsels Eigenthum des Trassanten war; soll nun durch Ausstellung des Wechsels das Eigenthum auf den Wechselinhaber übergegangen seyn, so muß zu diesem Uebergang eine gesetzliche Vorschrift angeführt werden können, allein eine solche

giebt es nicht, die Anhangsätze 115, 116, 117, 118, 128, 140, 142, 164 ff. geben dem Wechselinhaber nur persönliche Rechte gegen Jene, welche den Wechsel ausgestellt, zugeschrieben, angenommen oder verbürgt haben, nirgends wird ihm ein Eigenthum der Provision von der Ausstellung des Wechsels an zugewiesen, und es kann daher ein Eigenthum auf die Provision nicht angenommen werden, weil viele Wechsel auch ohne alle Deckung gezogen und doch acceptirt werden, wodurch das Wechselgeschäft eben so vollendet wird, als wie wenn eine Deckung vorhanden war. Die Anhangsätze 116, 117 bestimmen ausdrücklich, daß erst am Verfalltag der Trassant die Existenz der Deckung nachweisen muß, es geht daraus hervor, daß er bis zum Verfalltag der Herr und Eigenthümer der Deckung bleibt und darüber anderweit disponiren kann. Wenn es auch richtig ist, daß im Fall eines verspäteten Protestes der Trassant den Wechselinhaber auf den nicht acceptirenden, jedoch mit Deckung versehenen Trassaten zurückweisen kann, so läßt sich daraus nicht folgern, daß das Gesetz also den Remittenten als Eigenthümer der Deckung betrachtet. Diese Bestimmung ist nichts, als eine zum Vortheil des Trassanten geschaffene Einrede desselben, auf welche seine Rechtsfolger verzichten können, und wenn die Concursmasse des Trassanten sich anerbietet, den Remittenten mit seinem Wechselwerth in der Liquidation zuzulassen, so kann der den Protest zur gehörigen Zeit versäumt habende Remittent keineswegs seine eigene Nachläßigkeit dazu benutzen, um dieses zurückzuweisen, und sich an die Deckung in den Händen des Trassaten zu halten. Bei dem zur gehörigen Zeit aufgenommenen Protest giebt das Gesetz dem Wechselinhaber nur den Rückgriff auf seine Indossanten und den Trassanten, und sonderbar wäre es, wenn ihm nun, im Fall der Protest versäumt wird, ein größeres Recht, ein eigenes persönliches Klagrecht gegen den Trassaten eingeräumt wäre. Mit dem Ausbruch des Concurses trit die Masse des Eridars kraft Gesetzes in den Besitz des sämmtlichen Activvermögens ein, hätte nun der Wechselinhaber vom Tag der Ausstellung des Wechsels an, und ohne Rücksicht auf seinen Verfalltag und seine Annahme ein Eigenthumsrecht auf die Deckung des Wechsels in Händen des Trassaten, so hätte er der Sache nach ein Vorzugsrecht auf die Vermögenstheile des Trassanten, welche unter irgend einem Titel in den Händen des Trassaten ruhen, indem ihm dieser die Provision des Wechsels zur Zahlung desselben herausgeben müßte, und er also vor den andern Gläubigern des Trassanten die volle Befriedigung erhielte. Nun ist aber ein solches Vorzugsrecht dem Wechselinhaber als solchem nirgends ertheilt, Vorzugsrechte sind beschränkt auszulegen, und keine anzunehmen, welche nicht vom Gesetz selbst ausdrücklich ertheilt sind. Hier würde sogar das Vorzugsrecht des Wechselinhabers, dessen Wechsel nicht angenommen wurde, erst dann entstehen, wenn er vom Falliment des Trassanten Nachricht erhält, und sich nunmehr in Folge dessen an die Provision des Wechsels in Händen des Trassaten halten will, also erst nach dem Falliment. Nun kann aber nach Anhangsatz 209 in den zehn Tagen vor Ausbruch des Concurses kein Vorzugsrecht gegen die Masse des Falliten erworben werden, es muß daher das erst nach dem Concurs erworbene Vorzugsrecht um so viel mehr als nicht bestehend angesehen, und also die Provision zur Vermögensmasse des Falliten, Trassanten gezogen werden. Die entgegengesetzte Meinung, daß die Provision eines Wechsels von seiner Ausstellung an ein Eigenthum des Wechselinhabers seie, würde zu dem gefährlichen Umstand führen, daß der Fallit selbst noch nach Ausbruch des Falliments mittelst Vordatirens von Wechseln an Genossen seiner Betrügerei sich seiner Activforderungen bemeistern und solche seinen Gläubigern entziehen könnte.

Aus allem diesem folgt wohl der einfache und deßwegen schon zumal im Handelsrecht anzunehmende Satz: der Wechsel ist bis zur Annahme des Trassaten ein lediglich auf den Credit des Trassanten gebauter Vertrag, alle Rechtsverhältnisse des Trassanten und des Trassaten berühren den Wechselinhaber vor der Annahme des Wechsels nicht. Nur gegen den Wechselinhaber kann der Trassat den Wechsel mit allen seinen rechtlichen Folgen annehmen, nimmt er ihn nicht an, so muß der Wechselinhaber sich an den Trassanten halten, und nur in dem im Ermessen des Trassanten liegenden Fall des Anhangsatzes 170 kann er den Wechselinhaber an den Trassaten weisen.

Sander.

III.

Rechtsfall über die Unzuläßigkeit eines Zeugen.

In einem Gesellschaftsvertrag verbanden sich die Gesellschafter zur Zahlung einer Conventionalstrafe auf den zehnfachen Betrag dessen, was Einer die Andern bevortheile und für sich allein behalte. Zwei Gesellschafter traten nun gegen den dritten mit der Behauptung einer nicht unbedeutenden Uebervortheilung ihrer auf und verlangten die auf mehrere tausend Gulden steigende Conventionalstrafe. In erster Instanz abgewiesen, appellirten sie, und in dieser Lage der Sache entsagte einer der Kläger und Appellanten dem Rechtsstreit, der Andere setzte ihn fort, es wurde ihm der Beweis der Uebervortheilung auferlegt, und diesen trat er unter andern mittelst Berufung auf den ausgetretenen Mitkläger als Zeugen an, indem er dabei anführte, daß dieser bei Entsagung des Rechtsstreits auch zugleich auf das Ergebniß desselben verzichtet habe. Der Gegentheil bestritt die Zuläßigkeit hauptsächlich deßhalb, weil der angerufene Zeuge durch

Mitanstellung der Klage die zu beweisende Thatsache schon gerichtlich behauptet habe, und nun durch sein Zeugniß in die Lage komme, entweder die Thatsache abermals zu behaupten, oder aber einzugestehen, daß er sich einer gerichtlichen Lüge schuldig gemacht habe. Man erwog aber: der vom Gegentheil angeführte Grund kann nur Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen erregen, ihn also zum verdächtigen, nicht aber zum unzuläßigen Zeugen stempeln, um so mehr, da auch eine erwiesene gerichtliche Lüge kein peinliches Vergehen ist. Dagegen erhebt sich gegen die Zuläßigkeit eines frühern Mitklägers als Zeugen in der Sache mächtig die Stimme des innern Rechtsgefühls, und wenn auch der Fall im §. 508 der Prozeßordnung nicht namentlich vorgesehen ist, so unterliegt dieser Paragraph der ausdehnenden Erklärung. Es wäre nun offenbar ein höchst gefährlicher Satz, wenn man annehmen wollte, daß Mitkläger, oder auch nur Mitberechtigte, am Ergebniß des Rechtsstreits als Zeugen darin aufgerufen werden können, wenn sie dem Rechtsstreit entsagt und auf das Ergebniß desselben verzichtet haben, denn immerhin kann dieses durch einen geheimen Vertrag geschehen seyn, und dem Mitberechtigten doch ein Antheil am Ergebniß gesichert worden seyn. Zwar ist ein solcher geheimer Vertrag hier nicht bewiesen, und es kann also darauf allein eine Unzuläßigkeit des Zeugen nicht gebaut werden, allein wenn er auch auf das Ergebniß des Rechtsstreits verzichtet hat, so bleibt es doch immerhin wahr, daß der Gegenstand, worüber er aussagt, eine ihm eigenthümliche Sache betrifft, und daß er über seine eigene Sache, worauf er verzichtete, aussagt. Wenn aber die Nr 8 des §. 508 Anwälte für Geschäfte, worin sie gedient h a b e n, für unzuläßig erklärt, so wird ein Mitkläger in Beziehung auf die angestellte Klage, wenn er auch ihr entsagte, noch mehr unzuläßig seyn, denn zu irgend Eines Gunsten hat er verzichtet, und es kann wohl vielleicht als ein unmittelbarer Vortheil angesehen werden, wenn er durch seine Aussage den Rechtsstreit für seinen Mitkläger entscheidet und diesem somit eine Schenkung seines Antheils zuwendet. Jedenfalls ist er aber durch seine Entsagung dem Gegentheil nach §. 809 der Prozeßordnung zur Erstattung der Prozeßkosten verpflichtet; durch seine für den Mitkläger günstige Aussage erzweckt er das Unterliegen des Gegentheils, also die Befreiung seiner Pflicht der Erstattung der Prozeßkosten, damit erreicht er einen unmittelbaren Vortheil, und wird jedenfalls nach §. 508 Nr. 4 ein unzuläßiger Zeuge. Darauf hin ist im vorliegenden Fall auch der aufgerufene Zeuge als unzuläßig verworfen worden.

S a n d e r.

IV.

Bemerkungen über den in Nr. 22 (zweiter Jahrgang) der Annalen enthaltenen Rechtsfall zur Auslegung des L. R. S. 1988.

Um obigen Fall richtig beurtheilen zu können, wäre eine nähere Angabe der factischen Verhältnisse wünschenswerth gewesen; insbesondere über den Umstand, ob dem Schuldner, der sein Capital heimbezahlte, der Schuldschein unmittelbar vom Gläubiger selbst, oder durch dessen zur Besorgung der Capitalien aufgestellten Bevollmächtigten zurückgegeben worden sei? Ist das letztere der Fall, so würde sich nicht im mindesten daran zweifeln lassen, daß sich die ertheilte Vollmacht auch über den Einzug der von den Schuldnern auf deren Aufkündigung anheimgezahlt werdenden Capitalien erstreckt habe, und die Zahlung an den Bevollmächtigten als an den rechten Empfänger geschehen zu halten sei; denn hat dieser vom Gewaltgeber schon vorher die Schuldscheine über die zur Besorgung ihm zugewiesenen Capitalien zu Handen zugestellt bekommen, so wird hiedurch, da ein anderer Zweck hievon sich nicht wohl denken läßt, der Sinn der ertheilten Vollmacht dahin vom Gläubiger selbst klar gemacht, daß sein Mandatar zum Einzug der heimgezahlt werdenden Capitalien ermächtigt sei. Wäre es aber, daß der Gewaltgeber erst nach der Heimzahlung des Capitals seinem Mandatar den Schuldschein zugestellt hätte, um solchen dem Schuldner, der an Letztern gezahlt hat, zurück zu geben, so läge in dieser Handlung offenbar eine Genehmigung der an Bevollmächtigten gemachten Capitalzahlung, eine Bestätigung, daß solcher durch Annahme der Zahlung nicht außer den Grenzen seiner Vollmacht gehandelt habe. Von diesem in facto nicht aufgeklärten, übrigens wichtigen Umstand indessen auch abgesehen, dürfte die Ansicht der Minorität doch das Uebergewicht verdienen und solche die richtige seyn, sobald man die Auslegung über den Umfang der Vollmacht aus der Stellung ihrer einzelnen Sätze und der Beziehung, in welcher der Gegensatz zum Hauptsatze derselben steht, hernimmt. Zuerst kommt die Hauptbestimmung, wornach der Bevollmächtigte wegen veränderten Wohnortes des Gewaltgebers, also wegen dessen Abwesenheit, die B e s o r g u n g der verzeichneten Capitalien übernimmt. Wer aber im Ganzen eine Sache zu besorgen hat, dem ist damit die Gesammtheit der sich auf solche beziehenden Geschäfte übergeben, und in Hinsicht dieses Gegenstands ein allgemeiner Auftrag ertheilt. Die beigefügte weitere Bestimmung „und den jährlichen Zins einziehen" restringirt dann den im vorstehenden Satz enthaltenen allgemeinen Auftrag keineswegs auf bloßen Zinseinzug, denn zu was würde sonst das allgemeine Mandat dienen? Man kann doch nicht unterstellen, daß gerade die erste Hauptbestimmung ohne eigentliche Bedeutung seyn soll;

sodann zeigt aber die Verbindung dieses Nachsatzes mit dem Hauptsatze durch das Wort „und" klar, daß man damit nur einen Theil des Hauptauftrags noch eigends bezeichnen wollen, wohl aus keinem andern Grunde, als weil der Einzug der Zinsen als das gewöhnliche regelmäßige Geschäft anzusehen war, während die anderweitige Besorgung unbestimmt vorkommende Fälle betraf. Dieß geht ebenfalls deutlich aus dem Gegensatze hervor, welcher die Ausnahme von dem allgemeinen Auftrag enthält. Die Capitalien sollen nämlich so weit thunlich stehen bleiben, der Bevollmächtigte daher kein Capital aufkündigen dürfen, außer wenn er glaubt, daß solches nicht mehr sicher stehe. Die einzige Beschränkung des allgemeinen Auftrags besteht demnach darin, keine gut stehenden Capitalien aufzukündigen, außer diesem bleibt aber dem Mandatar wegen der Capitalien alles als eine Gesammtsache zu besorgen übrig, also auch der nothwendig werdende Bezug der Capitalien, der hier, in so weit solcher nicht von einer unbefugten Aufkündigung des Mandatars herrührt, bei der Abwesenheit des Gewaltgebers offenbar als eine Verwaltungshandlung, in keiner Beziehung hingegen als Veräußerung, erscheint. Selbst in der Unterbeschränkung der Ausnahme vom allgemeinen Auftrag liegt unverkennbar die Ermächtigung zum Einzug des von Schuldnern gekündigten Capitals enthalten, weil darin, daß es dem Ermessen des Gewalthabers anheimgestellt wird, die ihm unsicher dünkenden Capitalien aufzukündigen und einzuheben, mehr liegt, und ein größeres Vertrauen damit, als dadurch gegeben ist, daß er auch vom Schuldner gekündigte Capitalien soll erheben dürfen, deren Zahlungsannahme nicht der Willkühr des Gläubigers anheim gegeben, sondern ein nothwendig vorzunehmendes Geschäft bleibt, somit um so mehr als im Auftrag enthalten gemeint seyn muß, als die Einhebung der bloß nach dem Ermessen des Gewalthabers von ihm aufgekündigten Capitalien. Wollte der Gewaltgeber eine andere Auslegung machen, so ist nicht zu läugnen, daß dann in seiner Bevollmächtigungsweise eine Induction zur Gefährdenehmung seiner Schuldner läge, welche, bis der Schaden sie klug gemacht hätte, immer natürlicherweise voraussetzen konnten, daß Derjenige, welcher Capitalien einhebt, die er selbst aufgekündigt hat, um so eher solche einzuziehen ermächtiget seyn müsse, die ihm als Capitalgeschäftsbesorger des Gläubigers vom Schuldner aufgekündigt wurden. M.

V.

Dürfen in zweiter Instanz neue Einreden vorgebracht werden?

(Vergl. Nr. 2 und 7 [erster Jahrg.] der Annalen)

Diese practisch sehr wichtige Frage, welche seit dem Erscheinen obiger Blätter keine weitere Erörterung in den Annalen gefunden hat, dürfte meines Erachtens aus folgenden Gründen bejaht werden.

1) Der §. 1221 der Prozeßordnung macht, indem er neue Thatsachen jeglicher Art für zuläßig erklärt, nicht nur selbst keinen Unterschied zwischen einzelnen Arten von Neuheiten, sondern er verbietet sogar diese Unterscheidung durch die Worte „jeglicher Art" und gestattet von diesem Begriffe nur die Abs. 1—6 enthaltenen Ausnahmen.

Es scheint mir daher die in Nr. 7 gemachte Unterscheidung zwischen einzelnen Arten von Thatsachen, nämlich zwischen Einreden und adminiculirenden Thatumständen, weder mit den ausdrücklichen Worten des Gesetzes, noch mit der Interpretationsregel „ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere" zu harmoniren.

2) Die im Absatz 1 statuirte Ausnahme einzelner Einreden setzt die Zuläßigkeit neuer Einreden als Regel nothwendig voraus, denn eine Ausnahme ohne Regel läßt sich nicht denken. Wollte man daher mit Nr. 7 die Nichtzuläßigkeit von Einreden als Regel annehmen, so wäre einestheils dieser Absatz ganz ohne Sinn und Bedeutung, anderntheils würde man gegen den Grundsatz interpretiren „exceptio firmat regulam contrariam in casibus non exceptis."

3) Der Absatz 6 erklärt folgeweise nur diejenigen Vertheidigungsmittel für verloren, welche in der früheren Instanz durch ein Versäumungserkenntniß ausgeschlossen worden sind. Nach der Ansicht in Nr. 7 müßte man aber auch diejenigen Vertheidigungsmittel, sofern sie Einreden sind, für verloren halten, die nicht ausdrücklich für versäumt erklärt wurden.

Da endlich

4) die Gesetzgebungscommission nach ihren Motiven (vergl. v. Weiler Motive zu §. 1221) auch wirklich die Absicht hatte, neue Einreden in zweiter Instanz zuzulassen, so dürfte es nicht bloß den Anschein gewinnen, sondern als Gewißheit zu betrachten seyn, daß wir unter den nach §. 1221 zuläßigen Neuheiten nicht nur adminiculirende Thatsachen, sondern auch neue Einreden verstehen müssen, indem sich die entgegengesetzte Ansicht weder mit dem Inhalt dieses Paragraphen noch mit der Absicht des Gesetzgebers vereinigen läßt.

Ist aber dieses der Fall, so beschränkt der §. 1221 schon an und für sich als ein für die zweite Instanz gegebenes specielles Gesetz die Wirksamkeit des §. 291 auf die erste Instanz und der §. 1171 schreibt noch überdieß jene Beschränkung ausdrücklich vor, folglich dürfen wir nicht umgekehrt verfahren, und den §. 1221 vermöge des §. 291 als modificirt oder gar theilweise als aufgehoben betrachten.

Der §. 291 wäre demnach dahin zu verstehen, daß der

Beklagte alle Einreden, die er in diesem Rechtsstreite vor dem Unterrichter vorbringen will, in der Vernehmlassung vortragen muß, widrigenfalls sie für die erste Instanz als versäumt gelten, wie wir denn auch dieselbe Unterstellung bei §. 409 hinsichtlich der Beweismittel machen müssen.

Durch diese Auslegung wird das Prinzip der Eventualmaxime keineswegs aufgehoben, vielmehr wird der Zweck desselben, nämlich Verwirrung und unendliche Ausdehnung des Verfahrens abzuschneiden, für die erste Instanz dadurch erreicht, daß der Beklagte seine Einreden, die er im Verfahren erster Instanz vorschützen will, sämmtlich in der Vernehmlassung vorbringen muß, also nicht nach einander, nicht erst in der Duplik oder im Beweisverfahren, kurz, nicht in jeder Lage des Rechtsstreits vortragen darf. Dieses Privilegium hätte sonst nur die Einrede der Verjährung, und der §. 292, welcher es aufhebt, verliert somit nach dieser Auslegung keineswegs seine Bedeutung, so wie es auch als unrichtig erscheint, daß die Prozeßordnung nach der hier vertheidigten Ansicht hätte sagen können oder müssen, „daß künftighin alle zerstörlichen Einreden gleich jener der Verjährung privilegirt seyn sollen.“

Wenn auch die Einrede der Verjährung wie jede andere die Gunst des §. 1221 genießt, so ist doch immerhin das Vorbringen dieser und aller andern Einreden in jeder Lage des Rechtsstreits verboten, und dieß will die Eventualmaxime.

In zweiter Instanz, wo das Verfahren nach eingereichter Beschwerdeschrift, wie nach eingereichter Klage von Neuem beginnt (§. 1171), äußert sich diese Maxime dadurch, daß sämmtliche Neuheiten jeder Partei in ihrem ersten gerichtlichen Vortrage enthalten seyn müssen und später nicht mehr berücksichtigt werden dürfen.

Die Prozeßordnung weicht daher nur in so fern von einer strengen Durchführung der Eventualmaxime ab, als die in erster Instanz versäumten Einreden nicht unbedingt (§. 1221 Abs. 1 und 6) auch für die zweite Instanz als versäumt gelten, allein diese Abweichung ist nun einmal nach obigen Bemerkungen im Gesetze enthalten, und sie rechtfertigt sich aus den in Nr. 2 angedeuteten Gründen, weßhalb mir die dort aufgestellte Ansicht den Vorzug vor der in Nr. 7 zu verdienen scheint.

Stabel,
Obergerichtsadvocat.

VI.

Wirkt Verkündung überhaupt, und insbesondere auch bei Versäumungserkenntnissen der Behändigung gleich.

Die in Nr. 37 der dießjährigen Annalen mitgetheilte Entscheidung des Hofgerichts am Unterrhein geht von der Ansicht aus, daß Versäumungserkenntnisse nur durch schriftliche Zustellung an die Partei und nicht auch durch mündliche Eröffnung vor dem Richter rechtsgültig verkündet werden können.

Allein die §§. 260, 278 und 380 ff. der Prozeßordnung bestimmen deutlich, daß die mündliche Eröffnung für Urtheile und alle andern richterlichen Beschlüsse die regelmäßige gesetzliche Verkündungsart in allen Fällen ist, wo entweder die Parteien bei Fällung des Urtheils zugegen oder doch dem Richter so nahe sind, daß die mündliche Eröffnung ohne Schwierigkeit geschehen kann.

Wenn dagegen der §. 657 bei Versäumungserkenntnissen nur von einer Behändigung spricht, so geschieht dieß wohl nicht in der Absicht, hier mit Aufhebung jener allgemeinen Regel den Richter an diese Verkündungsart zu binden, sondern vielmehr nur in der Meinung, diese sonst nach §. 380 bei Erkenntnissen nur ausnahmsweise zuläßige Verkündungsart hier regelmäßig zu gestatten; und zwar aus dem ganz nahe liegenden Grunde, weil es die Natur der Versäumungserkenntnisse mit sich bringt, daß Der, gegen welchen sie ergehen, nie bei ihrer Fällung zugegen ist, während bei den andern Erkenntnissen das Gegentheil die Regel bildet.

Der §. 657 bezweckt lediglich Sicherheit, daß außer dem etwaigen Sachwalter auch der säumigen Partei selbst die rechtliche Folge ihres Versäumnisses bekannt werde, und diese Sicherheit ist durch mündliche Verkündung vor dem Richter in einem weit höhern Grade als durch die Behändigung gewährt, weil diese nach §. 262 nicht nothwendig an die Person der Partei, sondern auch gültig an deren Familienangehörige geschieht, wo dann das Gelangen an die Partei nur vermöge einer rechtlichen Dichtung gewiß wird, während bei der mündlichen Verkündung des Richters diese Gewißheit real ist.

Das Gesetz selbst hat §. 380 die mündliche Eröffnung für die bessere Verkündungsart im Allgemeinen erklärt, sie entspricht auch in Bezug auf Versäumungserkenntnisse völlig so gut wie die schriftliche Zustellung der so eben berührten Absicht des Gesetzes, und muß deßhalb in Anbetracht der Bestimmung des L. R. S. 6 k. auch hier als rechtsverbindliche Verkündungsart gelten.

Trefurt.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 29. November 1834.

I.

Bemerkungen über das Ehrenkränkungsgesetz und die darauf bezüglichen Vollzugsverordnungen.

§. 1. Die wichtigste Bestimmung des Ehrenkränkungsgesetzes ist wohl der im §. 1 desselben aufgestellte, zum Theil aus der Doctrin entlehnte Begriff der Verläumdung. Ob diese gesetzliche Begriffsbestimmung für eine den Forderungen der Gerechtigkeit in jeder Beziehung entsprechende gelten könne, möchte fast zu bezweifeln seyn.

Bei der Beurtheilung der wichtigen Frage: ob Jemand bloß des Vergehens der gemeinen Schmähung oder des verabscheuungswürdigen Delicts der Verläumdung für schuldig zu erkennen sei, muß billig nicht bloß auf die äußere Form der verletzenden Handlung, sondern hauptsächlich auch auf die innere Triebfeder und den Zweck des handelnden Subjectes Rücksicht genommen werden. Die Nothwendigkeit davon leuchtet von selbst ein, wenn man das Characteristische der Verläumdung nicht aus dem Auge verliert, welches hauptsächlich darin besteht, daß sie eine durch Betrug bewirkte Injurie ist, und also insbesondere auch eine betrügerische Absicht (die Absicht zu täuschen) zu ihrem Thatbestande erfordert, die natürlich etwas ganz anderes ist, als die Absicht zu injuriren. Der Injuriant hat bloß die Absicht, seine Geringschätzung oder Verachtung des Andern an den Tag zu legen, unbekümmert, ob und in wie fern seine Schmähungen dazu geeignet seyn mögen, denselben etwa auch in den Augen Anderer herabzuwürdigen. Die Absicht des Verläumders hingegen geht viel weiter, sie geht hauptsächlich und zunächst dahin, die Meinung Dritter über den sittlichen Werth des Andern zu täuschen, ihnen durch falsche, ehrenrührige Mittheilungen die Meinung oder Ueberzeugung beizubringen, daß derselbe ein nichtswürdiger, ein schlechter Mensch sei. Dieser wesentliche Unterschied zwischen dem animus calumniandi und dem bloßen animus injuriandi scheint nun aber in dem im Gesetze aufgestellten Begriffe der Verläumdung nicht genug beachtet zu seyn. Vermöge dieses Begriffes ist zum Thatbestande der Verläumdung außer der wissentlich falschen Aussage einer bestimmten Thatsache, welche ein von den Gesetzen mit Strafe bedrohtes Verbrechen begründet, oder den Andern der öffentlichen Verachtung preisgeben kann, weiter nichts erforderlich, als daß diese Aussage entweder öffentlich, oder vor der Obrigkeit, oder vor Personen, die auf das Wohl des Andern Einwirkung haben, oder endlich auch nur unter Umständen geschieht, aus welchen die Absicht, den Andern an der Ehre zu kränken, hervorgeht. Dieser Begriffsbestimmung zufolge erscheint der animus calumniandi als ein nothwendiges Corollarium der eben gedachten auf die eine oder die andere Weise geschehenen falschen Aussage, und muß mithin überall, wo diese als erwiesen vorliegt, schon von vorne herein als in dieser begriffen unterstellt werden; oder mit andern Worten, das Gesetz knüpft an eine solche wissentlich falsche Aussage die Rechtsdichtung, daß sie in der Absicht zu verläumden geschehen sei.

Ob indessen diese Absicht wirklich überall und unter allen Umständen als eine absolut nothwendige Folge einer solchen falschen Aussage betrachtet werden könne, und diese daher einen zureichenden Grund zu der Rechtsdichtung abgebe, daß die bestimmte Absicht zu verläumden ihr zum Grund liege, das möchte sich denn doch einigermaßen bezweifeln lassen. Wenn A. mit B. auf öffentlicher Straße in einen Wortwechsel geräth, und in der leidenschaftlichen Aufregung, in die er dadurch versetzt wird, demselben den falschen Vorwurf macht, daß er da oder dort als überführter Betrüger am Schandpfahl ausgestellt gewesen sei, so bildet diese wissentlich falsche Aussage, da die behauptete Thatsache der Ausstellung am Schandpfahle allerdings dazu geeignet ist, den Andern der öffentlichen Verachtung preiszugeben, nach unserm Gesetze unstreitig den Thatbestand der Verläumdung, und A. müßte dieses Vergehens schlechthin für schuldig erklärt werden, er möchte auch noch so überzeugend darzuthun vermögen, daß er die Absicht zu verläumden nicht gehabt habe; denn er würde auch mit dem vollständigsten Entschuldigungsbeweise gegen die gesetzliche Fiction, die jeden Gegenbeweis ausschließt, nicht ausreichen.

Diese Strenge scheint sich nicht rechtfertigen zu lassen, und zwar am wenigsten in dem unterstellten Falle, wo ange-

nommen wird, daß A. dem B. den Vorwurf, am Schandpfahle gestanden zu seyn, im Affecte, folglich in einem Gemüthszustande gemacht habe, in dem der Mensch seine Worte nicht mit Vorbedacht zu wählen pflegt. Hier wird der Psycholog weit eher geneigt seyn, den Schluß daraus zu ziehen, daß A. nur die Absicht gehabt, dem B. seinen Unwillen und seine Geringschätzung zu erkennen zu geben, als der Unterstellung Raum zu geben, daß A. die weit schändlichere Absicht gehabt habe, Andern eine unrichtige Meinung über den moralischen Werth des B. aufzubringen. Dem Gesetzgeber würde es aber sehr übel anstehen, wenn er die Gesetze der Humanität bei Beurtheilung der einer Handlung zum Grund liegenden Willensbestimmung weniger beachtete, als der Psycholog; wenn er da, wo eben so gut ein minderer als ein höherer Grad bösen Willens vorhanden seyn kann, sich gerade für die Unterstellung des letzteren entscheiden wollte.

In der wissentlich falschen Aussage einer bestimmten Thatsache, wie sie das Gesetz unterstellt, mag zwar immerhin eine der Ehre nachtheiligere und eben darum auch strafbarere Rechtsverletzung liegen, als unter sonst gleichen Umständen in der bloßen Andichtung irgend einer schlechten, den Menschen entwürdigenden Eigenschaft, oder in der Beilegung eines der Ehre nachtheiligen Prädicats, z. B. in der Benennung Spitzbube, Betrüger u. dgl. Daraus kann aber lediglich nur gefolgert werden, daß Ehrenkränkungen der ersten Art schon an sich strafbarer seien, als die der letztern; keineswegs aber wird sich ein untrüglicher Schluß daraus ergeben, daß der falschen Aussage einer bestimmten Thatsache unter allen Umständen nothwendig eine ganz andere Absicht und ein anderer Zweck unterliegen müsse, als der ebenfalls wissentlich falschen Beilegung eines ehrenrührigen Prädicats, und daß demzufolge die erste eine ganz andere Art von Vergehen bilde, als die letzte.

Derjenige, welcher dem Andern ein solches Prädicat beilegt, kann möglicherweise eben so gut die rechtswidrige Absicht dabei haben, Dritte in ihrer Meinung über den sittlichen Werth des Geschmähten zu täuschen, als Derjenige, welcher eine diesen der öffentlichen Verachtung preisgebende bestimmte Thatsache wissentlich falsch gegen ihn aussagt, während, umgekehrt, einer solchen Aussage eben so gut ein bloßer animus injuriandi zum Grund liegen kann, als der Beilegung eines ehrenrührigen Prädicats. Ob und in wie fern übrigens in dem einen oder in dem andern Falle wirklich nur die Absicht zu schmähen (animus injuriandi), oder die Absicht zu verläumden (animus calumniandi) vorhanden sei, wird sich eben so wenig aus der falschen Aussage einer bestimmten Thatsache an sich, als aus der bloßen Schmähung an sich mit einiger Gewißheit schließen lassen, sondern wird nur aus den begleitenden Umständen und insbesondere aus dem Zwecke, den das handelnde Subject dabei vor Augen hat, beurtheilt werden können.

Die Richtigkeit der so eben ausgesprochenen Ansicht, daß das Vergehen der Verläumdung nicht bloß durch die falsche Aussage bestimmter Thatsachen, sondern auch durch unbestimmte Beschuldigungen oder allgemeine Verunglimpfungen bewirkt werden könne, will ich durch ein Beispiel anschaulicher zu machen suchen.

Setzen wir den Fall, A. habe sich entschlossen, zwei talentvolle junge Leute in den Stand zu setzen, eine berühmte Lehranstalt zu besuchen, und zu diesem Behufe jedem derselben eine nicht unbedeutende Summe zuzustellen. B., der sich für den einen dieser jungen Leute besonders interessirt, und daher die für Beide bestimmte Summe gerne seinem Günstling allein zuwenden möchte, sucht, um dieses zu bewirken, seinen Einfluß bei A. dazu zu benutzen, diesen gegen den andern jungen Menschen einzunehmen. Um seinen Zweck zu erreichen, beschuldigt er indessen den Letztern keineswegs einer bestimmten verbrecherischen Handlung, sondern sucht bloß durch allgemeine, unter der Folie vertraulicher Aeußerungen vorgebrachte Lästerungen, gegen seine bessere Ueberzeugung, dem A. die Meinung beizubringen, daß solcher ein sehr verdorbenes und unwürdiges Subject sei. Hier liegt die Absicht zu verläumden, d. h. die Absicht, die Meinung eines Andern über den sittlichen Werth des Geschmähten zu täuschen, doch wohl klar genug am Tage, und es läßt sich daher schwer einsehen, warum B. dessen ungeachtet des Vergehens der Verläumdung weniger für schuldig zu achten seyn soll, als wenn er unter sonst gleichen Umständen den Andern eines bestimmten Verbrechens beschuldigt hätte.

Aus diesen Betrachtungen ergiebt sich meines Dünkens, daß der in unserem Gesetze aufgestellte Begriff der Verläumdung auf der einen Seite viel zu weit und auf der andern viel zu enge ist. Zu weit ist derselbe nämlich, weil er eine jede wissentlich falsche Aussage einer bestimmten Thatsache, wenn sie in der gesetzlich unterstellten Art und Weise geschieht, für eine Verläumdung erklärt, wo doch, wie oben gezeigt wurde, sehr oft und vielleicht sogar meistens der Fall eintreten kann, daß es dabei an aller verläumderischen Absicht gebricht. Zu enge hingegen ist derselbe aus dem Grunde, weil das Vergehen der Verläumdung, wie so eben dargethan und durch ein Beispiel erläutert worden, nicht allein durch falsche Aussagen bestimmter Thatsachen, sondern eben so gut auch durch unbestimmte Beschuldigungen oder Andichtung schlechter, der Ehre nachtheiliger Prädicate begangen werden kann.

Meiner Ansicht nach wäre also das Gesetz über Ehrenkränkungen schon in einer seiner ersten Grundlagen als fehlerhaft zu betrachten, und diesem Mangel kann nur im Wege der Gesetzgebung durch Aufstellung eines ganz andern

Begriffes der Verläumdung abgeholfen werden, in welche, den bisherigen Andeutungen zufolge, eigentlich jede Verletzung des Rechts auf Ehre übergeht, welche mit dem Bewußtseyn der Grundlosigkeit der sie bewirkenden Verunglimpfung und in der Absicht geschieht, die Meinung Anderer über den sittlichen Werth des Geschmähten zu täuschen.

Mit diesen aus der rechtlichen Natur der Verläumdung geschöpften Ansichten stimmt der im Art. 46 des Strafedicts enthaltene Begriff der Verläumdung weit mehr überein, als derjenige, welchen das Gesetz über Ehrenkränkungen darüber aufstellt, und es scheint daher unsere Gesetzgebung in dieser Beziehung durch die Aufhebung der eben erwähnten Stelle des Strafedicts nichts gewonnen zu haben.

Im Vergleiche gegen diese nach meinem Dafürhalten mangelhafte Begriffsbestimmung sind die übrigen bis jetzt fühlbar gewordenen Mängel des Ehrenkränkungsgesetzes von keiner besondern Bedeutung und größtentheils von der Art, daß sich die Ansichten leicht darüber conformiren werden.

In Anbetracht dessen will ich hier nur einige der erheblichsten derselben noch berühren.

§. 2. Unter diese erheblicheren Anstände zähle ich fürs erste den, welcher sich rücksichtlich der Frage ergeben hat, ob und in wie fern eine thätliche Mißhandlung für eine Realinjurie zu halten sei oder nicht. (M. s. Annalen der Großh. badischen Gerichte, erster Jahrg. S. 297.)

Die nächste Veranlassung der dießfalls entstandenen Zweifel liegt wohl in den §§. 4 und 10 des Commissionsberichts der zweiten Kammer, wo von der Ansicht ausgegangen wird, daß nicht eine beabsichtigte Ehrenkränkung, sondern die Absicht, dem Andern einen körperlichen Schmerz zu verursachen, in der Regel den Hauptcharacter solcher Mißhandlungen ausmache, und diese daher, der Bestimmung des Art. 71 des Strafedictes zufolge, so lange nicht aus den Umständen erhelle, daß die Verletzung der Ehre der Hauptzweck gewesen, eine besondere Gattung von Vergehen bilden, welche das Gesetz unter die polizeilichen Frevel zähle.

Dabei scheint man indessen übersehen zu haben, daß der Art. 4 des angeführten Edictes gerade diese im Art. 71 desselben erwähnte Gattung polizeilicher Frevel für Realinjurien erklärt, und diese im neuen Gesetze nicht aufgehobene Bestimmung des ältern auch jetzt noch als fortbestehend betrachtet werden muß.

Dieser Bestimmung zufolge werden wir die Ehrenverletzung noch immer als den vorherrschenden Character aller nicht in ein besonderes Verbrechen übergehenden Thätlichkeiten anzusehen haben; was auch ganz natürlich zu seyn scheint, weil jede thätliche Mißhandlung eine objectiv injuriöse Handlung, d. h. eine Verletzung derjenigen Achtung ist, welche der Persönlichkeit eines jeden Menschen gebührt, und billig weit höher in Anschlag zu bringen seyn wird, als die polizeiliche Natur, welche solche Thätlichkeiten nebenbei haben mögen; was übrigens ohnehin nur in so fern der Fall seyn kann, als die öffentliche Ruhe und Ordnung dadurch gestört wird.

Das amtspflichtige Einschreiten der Polizeibehörde ist dabei schlechthin durch den wirklichen Eintritt einer solchen Störung bedingt, und dieselbe kann diese lediglich nur als solche rügen; sie darf sich aber keineswegs anmaßen, auch das durch die thätliche Mißhandlung verübte Privatdelict der Realinjurie bestrafen zu wollen. Wegen dieses Delicts kann nach §. 14 des Gesetzes vom 28. Decbr. 1831 nur noch gerichtliches Verfahren eintreten, und zwar nur dann, wenn von Seiten des Verletzten Klage wegen desselben erhoben wird.

Es scheint deßwegen völlig irrig zu seyn, wenn man dafürhält, daß der Verletzte den Staatsschutz wegen solcher thätlichen Unbilden in der Art anzusprechen habe, daß er zu der Forderung berechtigt sei, die Polizeibehörde solle das an ihm verübte Vergehen von Amtswegen verfolgen.

Dieser Irrthum möchte, abgesehen von der oben angeführten Stelle des Commissionsberichtes, zum Theil auch durch den Umstand veranlaßt werden, daß der körperlichen Mißhandlung im §. 4 des Gesetzes auf eine Art erwähnt wird, vermöge der man sich zu der Unterstellung berechtiget halten könnte, unsere Gesetzgebung wolle dieselbe nicht für eine selbstständige Injurie, sondern nur für eine Erschwerung derselben angesehen wissen. Durch eine zweckmäßigere Fassung dieses Paragraphen könnte diesem Mißverständnisse leicht vorgebeugt werden.

§. 3. Ein anderer erheblicher Zweifel entsteht aus dem §. 14 des Gesetzes in Ansehung des Gerichtsstandes. Es fragt sich nämlich, ob das Gesetz unter dem ordentlichen Richter des Beleidigers den Gerichtsstand des verübten Vergehens, oder den allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes, beziehungsweise den an die Stelle des letztern tretenden befreiten Gerichtsstand der Person verstehe. (Annalen der Großh. badischen Gerichte, erster Jahrg. S. 368.) Daß das letztere der Fall sei, geht wohl klar genug aus dem dritten Absatze des §. 14 hervor, welcher selbst im Falle einer Widerklage den befreiten Gerichtsstand des Beleidigers für den zuständigen erklärt.

Ob übrigens die deßfallsige Bestimmung des Gesetzes gerade zweckmäßig sei, ist eine andere Frage, die ich für meinen Theil verneinen muß. Unstreitig wäre dem Beleidigten die Verfolgung seines verletzten Rechtes in den meisten Fällen, wo der Beleidiger seinen allgemeinen oder befreiten Gerichtsstand nicht bei dem Gerichte des Orts hat, wo die unrechte Handlung begangen wurde, sehr erleichtert, wenn in Ehrenkränkungssachen eben so, wie es selbst in bürgerlichen Rechtssachen der Fall ist, diese beiden Gerichtsstände

in der Art concurrirten, daß es in der Wahl des Klägers stünde, welchen von beiden er wählen will.

Um sich davon zu überzeugen, wie nothwendig es sei, einer solchen Concurrenz Statt zu geben, denke man sich einmal die Schwierigkeiten, welche eine nur einigermaßen complicirte Untersuchung einer Ehrenkränkung, welcher sich z. B. ein Einwohner der Stadt Wertheim bei seiner Durchreise durch Constanz schuldig macht, allein schon deßwegen im Gefolge haben müßte, weil der Beleidigte, wenn er sich Genugthuung verschaffen will, verbunden ist, vor dem Richter des Wohnorts des Beleidigers Recht zu suchen.

(Schluß folgt.)

II.

Ueber die Strafe der Landesverweisung.

Joseph Hofmaier ward der Jaunerei und des Diebstahls für schuldig erklärt und deßhalb zu zehnjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt.

Dabei handelte es sich noch um einen zweimaligen Bruch der Landesverweisung.

Im Jahre 1823 stand er nämlich bei dem Bezirksamt W. in Untersuchung und es wurde von dem Hofgerichte in F. nebst der Strafe für eine ihm zur Last gefallene Betrügerei auch die Landesverweisung gegen ihn ausgesprochen.

Nach erstandener Strafe wurde er über die Grenze transportirt, kehrte aber bald wieder zurück und wurde von dem Bezirksamte Z. wegen müßigen Vagirens arretirt, aber, da dasselbe von den früheren Vorgängen nichts wußte und kein Verbrechen auf ihn herausbrachte, wieder entlassen und fort über die Grenzen gewiesen.

Bald kam er aber wieder in das Land und jetzt wurde er von dem Bezirksamte M. in Untersuchung gezogen und außer einem Diebstahl die hier beschriebene zweimalige Uebertretung der Landesverweisung gegen ihn erwiesen.

Bei der Urtheilsfällung entstand nun die Frage, ob er hiedurch die doppelte oder nur die einfache, nach §. 33 des achten Organisationsedicts in sechs Monaten Zuchthaus bestehende, Strafe des Landesverweisungsbruchs verdient habe?

Das Hofgericht war einverstanden, daß, da Hofmaier in Z. über den Landesverweisungsbruch, den er sich nach der Fortweisung von W. zu Schulden kommen ließ, nicht speciell constituirt wurde, keine Wiederholung des Verbrechens im gesetzlichen Sinn (§. 76 des Strafedicts und §. 75 der Erläuterungen vom Jahr 1812) vorliege, wohl aber wurde behauptet, daß er das einfache erste Verbrechen des Verweisungsbruchs zweimal begangen, also zweimal die Strafe von sechs Monaten Zuchthaus verwirkt habe, wogegen er im Falle einer eigentlichen Wiederholung für den zweiten Bruch allein nach dem §. 95 der Erläuterungen von 1812 mit der doppelten Strafe von zwölf Monaten und zugleich für den ersten mit sechs Monaten zu bestrafen wäre.

Von einer andern Seite wurde dagegen bemerkt, daß Hofmaier nur ein und dasselbe Verbrechen in fortgesetzter That, nicht aber zwei Verbrechen, für deren jedes er besonders bestraft werden könnte, verübt habe, ihn also nur sechs Monate treffen.

Hierauf ward erwidert: nur bei Diebstählen und wo sonst noch die Strafe nach Marken zu berechnen sei, werde die mehrmalige Verübung des Verbrechens unter Zusammenzählung der Marken nach dem §. 74 der Erläuterungen mit einander als ein Verbrechen bestraft, in andern Fällen als in der Regel werde jede einmalige Verletzung des Strafgesetzes für sich selbst bestraft und diese einzelnen Strafen nach dem §. 96 der Erläuterungen zusammen gerechnet.

Wer mehreremal einen Menschen, und wenn gleich den nämlichen, verwundet habe, müsse, obschon alle Fälle auf einmal zur Untersuchung und Aburtheilung kommen, dennoch für jede Verwundung besonders bestraft und die Strafen zusammen gerechnet werden.

Die Stimmenmehrheit nahm jedoch an, daß der vorliegende Fall von jenem einer mehrmaligen Verwundung verschieden und bei letzterem jede einzelne Verwundung für sich selbst wieder ein besonderes Verbrechen sei, wogegen bei einem Landesverweisungsbruch das Verbrechen nur in der Verletzung des erhaltenen Verbots einer Wiederbetretung des Landes bestehe, also nur einfach vorhanden sei, ob man dieses Verbot durch eine oder durch mehrere Handlungen übertreten habe, so lang nur nicht eine Wiederholung im gesetzlichen Sinne, d. h. eine solche, welche nach vorausgegangener Bestrafung oder Untersuchung der ersten Uebertretung erfolgte, vorhanden sei.

y.

III.

Zu den Annalen zweiter Jahrgang Nr. 35, III.

Den in obigem Aufsatze aufgezählten Nebenfolgen einer strafgerichtlichen Verurtheilung, resp. erstandenen Strafe sind noch beizufügen:

9) Bürgerlicher Tod. L. R. S. 22 — 24. Beilage zu Regbl. von 1812, Nr. 20, S. 17, §. 37.

10) Unzuläßigkeit und beziehungsweise Verdächtigkeit als Zeuge. §. 507 7, 508 7, 509 8, 510 der Prozeßordnung.

— H. —

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

// Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe den 6. December 1834.

I.

Kritik eines oberhofgerichtlichen Urtheils.

In Nr. 10, I. (zweiter Jahrg.) dieser Zeitschrift ist ein Rechtsfall enthalten, wornach das Stadtamt Karlsruhe und das Hofgericht zu Rastadt die Verhandlung und das Urtheil eines östreichischen Gerichts über eine Schuld einer Wittwe eines badischen Staatsbürgers, welche ihr Staatsbürgerrecht nicht verloren oder aufgegeben hatte, aus dem Grund nicht als die hinreichende rechtliche Fundirung der Liquidation dieser angeblich urtheilsmäßigen Schuld in der hierlands eröffneten Gant der beklagten Schuldnerin betrachtete, weil nicht nachgewiesen war und nicht nachgewiesen werden konnte, daß zu der Verhandlung und Entscheidung über die fragliche Schuld vor dem östreichischen Gericht ein Beistand der beklagten Wittwe beigezogen und anwesend war.

Das Großh. Oberhofgericht hat dieses gleichlautende Erkenntniß zweier Instanzen abgeändert, ist über den Mangel eines Beistands hinausgegangen, und hat die Forderung in der Gantmasse hierlands, gestützt auf das östreichische Urtheil, zugelassen, aus den Entscheidungsgründen:

„daß aber die Einreden, welche aus dem dritten Gliede des L. R. S. 3 sonst in der Regel gegen im Ausland ergangene Urtheile entnommen werden können, bei in k. k. östreichischen Staaten gegen badische Unterthanen ergangenen nicht Statt finden, indem gedachte Verordnung (vom 5. Januar 1819, Regbl. Nr. 8) ein solches Urtheil unbedingt vollzugsreif erklärt;" --

„daß es somit auf den Grund oder Ungrund der mangelnden Beistandschaft von Seiten der Elkan Reutlingers Wittwe bei dem Prager Gerichtsverfahren, somit auch auf diese vorgeschützte Einrede jetzt nicht mehr ankommen kann."

Dieses Urtheil mit seinen Entscheidungsgründen verdient aber im Interesse der Aufrechthaltung der wichtigsten Staatsgesetze und zum Schutz der gesetzgebenden Gewalt des Staats und ihrer Souveränität eine nähere Beleuchtung und Widerlegung.

Das Oberhofgericht hat seine ganze Entscheidung auf die Verordnung des Justizministeriums vom 5. Januar 1819, Regbl. 1819 Nr 8, Seite 29 gestützt, und behauptet, daß nach dieser Verordnung alle in den k. k. östreichischen Staaten ergangenen Urtheile gegen badische Unterthanen auch hierlands **unbedingt** vollzugsreif seien. Diese Behauptung ist aber schon nach oberflächlicher Ansicht der Verordnung unrichtig, denn vorerst sind nicht alle Urtheile der k. k. östreichischen Gerichte für vollzugsreif erklärt, sondern die in Ungarn und Siebenbürgen erlassenen sind davon ausgenommen, und sodann sind dergleichen Urtheile keineswegs **unbedingt** vollzugsreif erklärt, sondern sie sind nach der Verordnung selbst und im Kreis ihrer Anwendbarkeit an die Competenz der östreichischen Gerichte gebunden. Diese Competenz ist also bei der Vollziehung östreichischer Urtheile von den hierländischen Gerichten zu untersuchen, sie ist die ausdrückliche **Bedingung** der Vollziehbarkeit der Urtheile östreichischer Gerichtshöfe, und von einer **unbedingten** Vollziehbarkeit der östreichischen Urtheile ist keine Rede. Die ganze Verordnung vom Jahre 1819 beruht auf dem Grundsatz der Reciprocität. Auch Oestreich vollzieht nach jener Verordnung nur die ausländischen Urtheile, wo der auswärtige Gerichtsstand zur Schöpfung des Urtheils über den östreichischen Unterthanen **berechtigt** war, und die ausgesprochene **unbedingte** Vollziehbarkeit östreichischer Urtheile geht also über diese Reciprocität, somit über die Verordnung vom Jahre 1819 selbst hinaus.

Ist somit dargethan, daß die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe auch in Anwendung der Verordnung vom Jahre 1819 auf den vorliegenden Fall zu weit gehen, so wird nun weiter gezeigt werden, daß diese Verordnung nicht auf den Streitpunkt dieses Falls, d. h. nicht auf die Frage paßt, ob eine badische Staatsbürgerin im Auslande gültig und mit Wirkung auf ihr inländisches Vermögen handeln kann.

Betrachtet man nämlich die Verordnung vom Jahre 1819 näher, so findet man alsbald, daß sie selbst den Grund ihrer Entstehung und den Kreis ihrer Anwendbarkeit mit sich führt. Sie bezieht sich auf den L. R. S. 2123 und auf die deßhalb

erlassene Rechtsbelehrung vom 24. Juni 1812, wornach ausländische Urtheile ohne die Erklärung ihrer Vollziehbarkeit durch inländische Gerichte kein richterliches Unterpfandsrecht ertheilen sollen, und verfügt nun aus dem Grundsatz der Reciprocität, daß dieses bei competenten Urtheilen der k. k. östreichischen Gerichte, mit Ausnahme Ungarns und Siebenbürgens, nicht ferner nöthig seie, sondern daß dergleichen Urtheile ohne das pareatis diesseitiger Gerichte in Vollzug gesetzt werden sollen. Da aber im L. R. S. 2123 und in der Rechtsbelehrung vom 24. Juni 1812 nur von Urtheilen, bezüglich ihrer Erwirkung eines richterlichen Unterpfandsrechts als Object ihrer Bestimmungen die Rede ist, so bezieht sich die Verordnung vom Jahre 1819 auch nur darauf, also nur auf Urtheile über persönliche Schulden eines Inländers, auf ihre Erwirkung eines richterlichen Unterpfandsrechts ohne das pareatis inländischer Gerichte, und wenn man noch eine Ausdehnung zugeben will, auf ihre Vollziehung hinsichtlich des Vermögens des Inländers im Inland. Die Verordnung ist nur dahin zu verstehen, daß man nicht hierlands untersuchen kann, ob bei der Verhandlung über die persönliche Schuld des Inländers vor dem östreichischen Gericht in Begründung der persönlichen Forderung und ihres Rechtstitels das Urtheil mit den darüber bestehenden badischen Gesetzen übereinstimmend ist. Die Verordnung hat ihre Anwendung nur hinsichtlich der Prozesse und ihrer Rechtsfragen, welche durch die statuta realia im Gegensatz der statuta personalia entschieden werden, und beschränkt sich selbst in dieser Beziehung nur auf die das bewegliche Vermögen betreffenden Rechtsstreitigkeiten, weil nach L. R. S. 3 Nr. 2 die inländischen Liegenschaften in allen Fällen nach inländischen Gesetzen gerichtet werden müssen. Es beweist sich dieses aus der Verordnung selbst, denn der östreichische Gerichtshof kann eben wegen des L. R. S. 3 Nr. 2 nicht selbst das richterliche Unterpfandsrecht auf inländische Liegenschaften aussprechen und seine Eintragung anordnen, sondern er kann nur ein Urtheil über eine persönliche Schuld erlassen, und dieses Urtheil begründet alsdann durch seine Vorlage vor dem diesseitigen Richter den Rechtstitel der Gewährung und Anordnung eines richterlichen Unterpfandsrechts durch den inländischen Richter, und nicht durch den östreichischen Richter. Wenn man diese Beschränkung der Verordnung vom Jahre 1819 nicht annehmen, dagegen die allgemeine Entscheidung des Großh. badischen Oberhofgerichts anerkennen wollte, daß alle Urtheile östreichischer Gerichte hierlands unbedingt vollziehbar seien, so müßte man nun auch annehmen, daß ein östreichischer Gerichtshof auf eine inländische Liegenschaft eine Dienstbarkeit bestellen, oder, um den Fall etwas schreiend, aber deßhalb doch nicht über die Entscheidung des Oberhofgerichts hinausgehend zu stellen, daß er einer inländischen Liegenschaft eine neue Grundpflichtigkeit, eine neue Bann- oder Frohndpflicht nach östreichischen Gesetzen auferlegen könnte, und dieses Urtheil müßte alsdann, obschon gegen den L. R. S. 3 Nr. 2, 710 g. k. und das Gesetz über die Aufhebung der Herrenfrohnden anstoßend, unbedingt hierlands vollzogen werden. Da aber die Verordnung vom Jahre 1819 auf dem Grundsatz der Reciprocität beruht, so gelten auch unsere Urtheile in Oestreich, und so würden sich die östreichischen Grundherren billig wundern, wenn ihre Frohndpflichtigen durch diesseitige Urtheile nach diesseitigen Gesetzen von ihrer Frohndpflicht freigesprochen würden. Man wird freilich diesem damit entgehen wollen, daß man behauptet, solche Urtheile über Liegenschaften könnten nicht competenterweise von ausländischen Gerichten gesprochen werden. Allein, wenn man annimmt, daß überhaupt an ausländische Gerichte prorogirt werden kann, so kann man nirgends nachweisen, daß diese Prorogation bei dem Gerichtsstand der gelegenen Sache nicht eintrete, es kann von ihm an einen andern Gerichtsstand prorogirt werden, und es ist obigen unmittelbaren Folgen aus der oberhofgerichtlichen Entscheidung nur und allein nur damit zu begegnen, daß man gegen ausländische Urtheile, welche inländische Liegenschaften betreffen, Einreden aus dem L. R. S. 3 Nr. 2, d. h. den Beweis zuläßt, daß dieses Urtheil nicht den diesseitigen Gesetzen über Liegenschaften entspricht.

Wenn man hiernach zugeben wird, daß Urtheile östreichischer Gerichte über inländische Liegenschaften keineswegs vollziehbar sind, sondern in ihrem Anstoß gegen diesseitige Gesetze gar nicht vollzogen werden dürfen, so behauptet nun das Großh. badische Oberhofgericht, daß die aus L. R. S. 3 Nr. 3 in der Regel geschöpften Einreden nicht gegen östreichische Urtheile hierlands zugelassen werden dürfen, und diese Behauptung und Entscheidung des Oberhofgerichts kann nur dahin verstanden werden, daß bezüglich der besondern den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Inländer betreffenden Einreden solche zwar in der Regel gegen andere ausländische Urtheile vorgebracht werden können, daß dieses aber bei östreichischen Urtheilen nicht der Fall ist, sondern solche Urtheile unbedingt vollzugsreif sind. Da nun aber Einreden als Vertheidigungsmittel gegen ein angesprochenes Recht in einem unmittelbaren oder mittelbaren Bezug auf dieses Recht stehen, sonach die Einreden aus dem L. R. S. 3 Nr. 3 sich auf die Verletzung irgend eines Rechts oder Anspruchs hinsichtlich des Zustands und der Rechtsfähigkeit der Inländer beziehen, so hat das Großh. Oberhofgericht entschieden: daß der L. R. S. 3 Nr. 3 hinsichtlich Oestreichs aufgehoben, vernichtet seie, daß also der Zustand und die Rechtsfähigkeit badischer Unterthanen durch Urtheile östreichischer Gerichte nach dortigen Gesetzen bestimmt und geordnet werden könne, und daß solche Urtheile bezüglich ihrer Wirkun-

gen auf den Inländer unbedingt in Baden vollzogen werden müssen. Wahrlich, damit ist nicht nur die Unabhängigkeit badischer Gerichte gegen auswärtige, sondern die Souveränität Badens, selbst seiner gesetzgebenden Gewalt ist vernichtet, denn worin liegt denn die erste Ausübung der Souveränität eines Staats anders, als in seiner unbeschränkten gesetzgebenden Gewalt, und was hat die Gesetzgebung Wichtigeres und vor allem Andern zu ordnen und zu bestimmen, als den Zustand und die Rechtsfähigkeit seiner Staatsbürger. Die Staatsbürger bilden den Staat, die ihren Zustand und ihre Rechtsfähigkeit ordnenden Gesetze bilden den Begriff des Rechts der Personen, der statuta personalia, von dem sich allein wieder das Recht der Sachen ableitet, weil diese nur in Beziehung auf den Menschen, auf die Rechtsperson bestehen. Von diesem Recht der Personen gilt ja nicht nur der L. R. S. 3 Nr. 3, sondern das bekannte Rechtssprichwort: jura personalia ossibus inhærent, und von ihm hat, so lange Staaten bestanden und so lange sie bestehen werden, der Grundsatz gegolten, daß es für den Inländer nach inländischen Gesetzen auch im Ausland beurtheilt werden muß, und wo dieß nicht geschah, wo der Zustand und die Rechtsfähigkeit der Inländer in einem ausländischen Urtheil nach ausländischen Gesetzen beurtheilt wurde, da kann von einer Vollziehbarkeit dieser Urtheile im Inlande keine Rede seyn, wenn nicht die inländischen Gesetze zu einer Illusion herabsinken und die Souveränität des Staats vernichtet werden soll.

Betrachten wir die Entscheidung des Oberhofgerichts, so handelte es sich hier nicht um die Frage, ob bei dem Urtheil des östreichischen Gerichts in Beziehung auf die Schuld der beklagten Wittwe die diesseitigen Gesetze angewendet wurden, sondern darum handelte es sich, daß zwei badische Gerichte behaupteten, eine badische Wittwe ist für sich allein keine rechtsfähige Person in Bezug auf die Verwaltung und Veräußerung ihres Vermögens, sie hat kein jus standi in judicio, sie muß zu ihren Handlungen und Prozessen einen Beistand haben, dieses ist ein statutum personale, betrifft ihre Rechtsfähigkeit, und verfolgt sie sonach in das Ausland. In dem Verfahren vor dem östreichischen Gerichte war sie mit einem Beistand nicht versehen, also rechtsunfähig, und das deßfalls ergangene Urtheil ist nichtig, unvollziehbar. Das Großh. Oberhofgericht degegen entscheidet, daß diese Rechtsunfähigkeit die beklagte Wittwe nicht nach Oestreich verfolge, und daß das gegen eine rechtsunfähige Inländerin im Ausland erlassene Urtheil unbedingt im Inland zu vollziehen seie. Wenn also von einem östreichischen Gerichtshof ein entmündigter ohne seinen Gerichtsbeistand, wenn ein Minderjähriger von sechszehn Jahren ohne seinen Vormund in einem Prozeß zur Zahlung einer Schuld verurtheilt wird, so muß dieses östreichische Urtheil unbeanstandet der zu Tage liegenden Rechtsunfähigkeit des Inländers doch im Inland aus seinem Vermögen vollzogen werden! Wenn ein östreichischer Gerichtshof einem nicht anerkannten natürlichen Kinde eines Inländers Erbrechte einräumt, ja, wenn er dasselbe zu einem ehelichen Kinde erklärt, und hiernach ein Urtheil erläßt, so muß dieses Urtheil hierlands vollzogen, das Erbrecht anerkannt, dem nach diesseitigem Gesetz nichts ansprechen könnenden Kind der Pflichttheil eines ehelichen Sohns ertheilt werden! Wenn ein Inländer seine Ehe vor einem östreichischen Gerichtshof für nichtig erklären läßt, so muß diese Ehe hierlands für nichtig erkannt, und den daraus erzeugten Kindern im Inland jedes Erbrecht, Namen und Familie abgesprochen werden! Genug; nicht unsere Gesetze würden den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Badener bestimmen, sondern derselbe würde von östreichischen Gerichten nach östreichischen Gesetzen bestimmt! Wo ist aber die Souveränität Badens, wenn seine gesetzgebende Gewalt nicht bestimmen kann, was ein Minderjähriger ist, was eine Familie, was eine Ehe ist? Glaubt man wirklich, daß das badische Justizministerium in seiner Verordnung vom Jahre 1819 das Recht der Personen in Baden dem Auslande preisgeben wollte? Man sage nicht, dergleichen Fälle werden nicht vorkommen, das weiß Niemand und Niemand hat die aus der Natur der Dinge sich ableitenden Möglichkeiten in der Hand. Es können Inländer die bestehenden Gesetze über den Zustand und die Rechtsfähigkeit ihren Wünschen unangemessen finden, hierlands können sie dagegen nichts unternehmen, sie begeben sich nach Oestreich, spinnen dort einen Prozeß an, unterwerfen sich den östreichischen Gerichten, und lassen alsdann, hieher zurückgekehrt, das Urtheil unbedingt vollziehen. Man sage nicht, die östreichischen Gerichte werden keine solche Urtheile fällen. Es liegt mir kein Grund vor, anzunehmen, daß die östreichischen Gerichte nicht gute Justiz üben, allein, wer will es verhindern, daß in Oestreich dergleichen Urtheile gefällt werden? Man sage nicht, solche Urtheile seien nicht competent gefällt, denn bekanntlich kann nur in Lehenssachen nicht an einen sonst unzuständigen Gerichtshof prorogirt werden. Und wenn man eine Prorogation über Fragen des Zustands und der Rechtsfähigkeit der Inländer an ausländische Gerichte und Gesetze nicht annehmen will, woraus kann man dieses anders rechtfertigen, als aus dem L. R. S. 3 Nr. 3. Aber alle daraus geschöpften Einreden können ja nach der Entscheidung des Oberhofgerichts den östreichischen Urtheilen nicht entgegengesetzt werden. Will man aber sagen, das ausländische Gericht muß dergleichen Fragen nach inländischen Gesetzen entscheiden, so hat man darüber keine Gewalt, aber gerade hier einen Fall, wo es die Rechtsunfähigkeit einer Inländerin ohne Beistand nicht beachtet hat, und wo die deßhalb aus dem L. R. S. 3 Nr. 3 geschöpfte Einrede für

unzuläßig erklärt wurde. Man kann sich auch nicht damit helfen, daß man sagt, eine solche Einrede müsse zur Vernichtung des östreichischen Urtheils vor dem östreichischen Gerichte vorgebracht werden, als eine Art der quærela nullitatis, denn vorerst sollen ja die Urtheile der östreichischen Gerichte unbedingt, also ohne weitere hier oder dorten zu geschehende Verhandlung vollzogen werden, und wenn sodann der östreichische Gerichtshof die aus badischen Gesetzen begründete Nichtigkeitsklage gegen sein Urtheil verwirft, was just nicht schwer zu denken ist, was dann? Glaubt man, daß alsdann das östreichische Urtheil zu vollziehen ist, weil es ausdrücklich über das badische Gesetz hinsichtlich des Zustands und der Rechtsfähigkeit hinausgeht. Man kann sich endlich auch nicht damit helfen, daß man die nicht bei dem östreichischen Gerichte vorgebrachten Einreden aus dem L. R. S. 3 Nr. 3 als versäumt, als durch Verzicht verloren betrachtet, die meisten derselben gehen nicht durch Verzicht verloren, restitutio ex capite minorennitatis — es darf darauf nicht verzichtet werden, L. R. S. 6, ossibus inhærent — und es wird ja hierlands nicht darauf verzichtet, sondern sie werden gerade vorgebracht, sind aber für unzuläßig erklärt. Das Großh. Oberhofgericht sagt in seinen Entscheidungsgründen, die Verordnung beruhe auf dem Grundsatz der Reciprocität. Ganz richtig. Aber glaubt Jemand, daß sich diese Reciprocität auf die statuta personalia ausdehnt? Glaubt Jemand, daß in Oestreich die Urtheile badischer Gerichte gegen minderjährige östreichische Unterthanen, welche ohne Vormund handelten, vollzogen werden? Glaubt Jemand, daß unsere Urtheile, nach unsern Gesetzen über den Stand der Ehe, der ehelichen Kinder, der natürlichen Kinder, bezüglich östreichischer Unterthanen in Oestreich vollzogen würden? Niemals. Weil ihm seine Souveränität eben so sehr am Herzen liegt, wie sie uns angelegen ist.

Es besteht in dieser Hinsicht keine Reciprocität, und die Verordnung vom Jahre 1819 geht nicht auf die in Bezug auf das Vermögen eines Inländers aus östreichischen Urtheilen entstandenen Fragen, welche einen unmittelbaren Bezug auf den L. R. 3 Nr. 3 haben, alle daraus abgeleiteten Einreden gegen solche Urtheile sind unbedingt zu hören, zu beachten, und nach ihrer Begründung und ihrem Beweise sind die östreichischen Urtheile, welche ihnen entgegenstehen, ganz unbedingt nicht zu vollziehen. Die Verordnung vom Jahre 1819 ist auf jene östreichischen Urtheile zu beschränken, welche gegen rechtsfähige Inländer nicht in Bezug auf ihren Zustand oder ihre Rechtsfähigkeit hinsichtlich ihrer persönlichen Schulden erlassen worden sind, und bezüglich ihres liegenschaftlichen Vermögens nicht mit den diesseitigen darüber bestehenden Gesetzen im Widerspruch stehen. Alle Einreden aus dem L. R. S. 3 Nr. 2, jedenfalls die aus Nr. 3 sind unbedingt zu hören und zu beachten.

Diese Beschränkung der Verordnung vom Jahre 1819 lag aber wohl nicht so tief verborgen, daß sie nicht leicht zu bemerken war. Wie schon oben dargethan ist, so liegt ihre Beschränkung in ihr selbst, denn indem sie sich nur auf den L. R. S. 2123 und die Rechtsbelehrung vom 24. Juni 1812 bezieht, in beiden aber nur von der Erwirkung eines richterlichen Unterpfandsrechts aus ausländischen Urtheilen die Rede ist, so kann auch die Verordnung nicht weiter ausgedehnt, und höchstens noch auf eine Vollziehbarkeit hinsichtlich der Urtheile über persönliche Schulden eines Inländers gegen sein Vermögen, abgesehen vom L. R. S. 3 Nr. 2, 3, verstanden werden. Daß aber das Justizministerium eine Aufhebung des L. R. S. 3 Nr. 2 und insbesondere Nr. 3 dabei beabsichtigte, kann nicht angenommen werden, und selbst hätte das Justizministerium dieses beabsichtigt, so war es dazu nicht ermächtigt, nicht befugt, denn in einer nur von ihm ausgehenden Verordnung konnte es die den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Inländer bestimmenden Gesetze, zumal im Jahr 1819, nach Ertheilung der Verfassung, nicht aufheben. Dazu wäre eine Mitwirkung der gesetzgebenden Gewalt nöthig gewesen, und diese ist nirgends ersichtlich. Uebrigens ist es schon bewiesen, daß das Justizministerium bei der Verordnung vom Jahre 1819 das ihm vom Oberhofgericht Unterlegte gar nicht beabsichtigte. Aus dem Rechtsfall in Nr. 10 I. (zweiter Jahrg.) dieser Zeitschrift ist ersichtlich, daß bei den Verhandlungen vor dem östreichischen Gerichte die Beklagte damals dem Kläger eine Forderung an die v. Wimmer abtrat, über diese Abtretung hat die beklagte Gantmasse eine Widerklage angestellt und die Vernichtung jener Abtretung begehrt, weil die Beklagte auch hierbei ohne Beistand handelte. Auch hierwegen hatte sich Kläger, Widerbeklagter auf das östreichische Urtheil und die Verordnung vom Jahre 1819 berufen, was aber vom Hofgericht in Rastadt aus dem Grund des L. R. S. 3 Nr. 3 nicht beachtet wurde. Hiergegen erhob nun der Kläger, Widerbeklagte eine Beschwerde an das Justizministerium, indem er dessen Einschreitung wegen Verletzung der Verordnung vom Jahre 1819, und damit wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland verlangte. Das Justizministerium hat aber diese Einschreitung abgelehnt und damit anerkannt, daß die Verordnung sich nicht auf Fragen des L. R. S. 3 Nr. 3 beziehe. Um so auffallender ist daher die Entscheidung des Oberhofgerichts. Ohnedieß ist die Verordnung vom Jahr 1819 kein Staatsvertrag, sondern lediglich eine auf den Grund der Gegenseitigkeit erlassene Vorschrift der Regierung, welche keine Gesetze, am wenigsten die statuta personalia abändern kann, und wenn man sich aus bestehenden Staatsverträgen mit dem Ausland überzeugen will, wie un-

sichtig und sorgfältig unsere Regierung diese statuta personalia beachtet, und damit die Aufrechthaltung der Souveränität der gesetzgebenden Gewalt feststellt, so kann man aus dem Staatsvertrag mit Würtemberg vom 30. Decbr. 1825, insbesondere aus den §§. 22, 23, 29 entnehmen, daß von einer Aufgebung des L. R. S. 3 Nr. 3 gegen das Ausland keine Rede seyn kann. Selbst der L. R. S. 3 Nr. 2 wird darin aufrecht erhalten, und es wäre wahrlich ein Gegenstand für eine Anklage gegen das Justizministerium, wenn man annehmen wollte, daß es in seiner Verordnung vom Jahre 1819 den L. R. S. 3 Nr. 3 dem Ausland preisgegeben, und damit gegen dieses die Souveränität Badens aufgeopfert hätte. Solches that aber das Justizministerium nicht. Auch die Verordnung vom 5. Septbr. 1809, Regbl. 1809 S. 229 hätte das Oberhofgericht aufmerksam machen sollen, daß gerade der Satz unter den Staaten ein reciproker, daß sich die Rechtsfähigkeit der Personen nach dem Rechte des Heimathstaats richtet, und daher ein diesen Satz verkennendes ausländisches Urtheil keiner Vollziehung unterliegt.

Daß das erlassene Urtheil des Großh. Oberhofgerichts sich nicht rechtfertigen läßt, wird dargethan seyn, denn abgesehen davon, daß sein Grundsatz sich auf alle Einreden aus dem L. R. S. 3. Nr. 3 erstreckt, so kann nicht bezweifelt werden, daß die Verbeiständung der Weiber, die cura sexus, zur Rechtsfähigkeit der Weiber gehört, daß sie auf ihre Unerfahrenheit in Rechtsgeschäften begründet, im öffentlichen Interesse erlassen, und also nach L. R. S. 4 durch keinen Vertrag abgeändert werden kann. Die Einrede des mangelnden Beistands fällt offenbar unter den L. R. S. 3 Nr 3, und dessen Vorschrift, so wie jene des L. R. S. 6 ist nunmehr verletzt. Bemerkenswerth ist auch noch, daß das Oberhofgericht durch sein Urtheil die Forderung des Klägers im Betrag von 113,000 fl. ganz unbeschränkt zugelassen und für liquid gegen die Gantmasse erklärt hat. Nun war es aber schon actengemäß, daß Kläger zur Befriedigung seiner Forderung von der Beklagten eine Forderung an die von Wimmer abgetreten erhalten hat, und diese Forderung in einem nicht viel geringern Betrag als die eingeklagte noch besitzt und betreibt, so daß er also seine Bezahlung zweimal erhält, weil im oberhofgerichtlichen Urtheil die Zulassung der Forderung von 113,000 fl. nicht an einen Abzug des schon durch die Abtretung der v. Wimmerschen Schuld bezahlten Betrags gebunden ist.

Nach allem diesem wird nunmehr dargethan seyn, daß die Ueberschrift dieses im Interesse des Rechts und der Gesetze allein nur gefertigten Aufsatzes keine Uebertreibung ist. Ja, das Großh. badische Oberhofgericht ist in seinem Urtheil, in seinen Entscheidungsgründen über die Gesetze und über die Unabhängigkeit der gesetzgebenden Gewalt hinausgegangen. Ob ab aber die Staatsgewalt zum Schutz der im öffentlichen Interesse bestehenden Gesetze über den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Badener zur Aufrechthaltung des die Souveränität des Landes bedingenden L. R. S. 3 Nr. 3 zumal aus dem Grunde einzuschreiten hat, weil gerade in der Widerklage zwischen den hier streitenden Parteien die nämliche Frage wieder zur Entscheidung kommt, muß dem weisen Ermessen unserer Regierung überlassen werden, welche die Souveränität ihrer Gesetzgebung wahrlich nicht von den eigenen Gerichten wird mißkennen lassen, und der vor allem daran gelegen seyn muß, daß ihre Verordnungen nicht überschritten, und ihre hinsichtlich des Auslands bestellten Vorschriften nicht zum Nachtheile der Staatsbürger, zum Schaden des ganzen Staats verstanden werden.

Der vorliegende Fall wird nun leider entschieden seyn und bleiben, allein dann muß sich mit dem Aufsatze in Nr. 3 (zweiter Jahrg.) dieser Annalen der Wunsch dringend wiederholen, daß gegen die Entscheidungen des obersten Gerichtshofs das Rechtsmittel der requete civile eingeführt werde. Caveant consules, ne respublica detrimenti capiat.

*

II.

Bemerkungen über das Ehrenkränkungsgesetz und die darauf bezüglichen Vollzugsverordnungen.

(Schluß.)

§. 4. Unter die da und dort in Anregung gekommenen mannigfaltigen Zweifel hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens bei Ehrenkränkungssachen gehört namentlich auch die Frage: ob der Ankläger gehalten sei, nach Analogie des §. 51 des Preßgesetzes, auch bei andern als durch die Presse verübten Ehrenkränkungen auf ein bestimmtes Strafmaß anzutragen. So gewichtig auch die Gründe seyn mögen, aus welchen diese Frage anderswo bejahend entschieden wurde (Annalen der Großh. badischen Gerichte, erster Jahrgang S. 226 und 298), so möchte es doch in mehrfacher Hinsicht bedenklich seyn, dem Kläger einen solchen bestimmten Antrag zur positiven Pflicht zu machen, so lange der Gesetzgeber ihm keinen bestimmten Maßstab für die Schätzung seiner Ehre an die Hand zu geben vermag.

Die richterliche Strafbestimmung hängt keineswegs von dem höhern oder geringern Werthe ab, welchen der Verletzte auf seine Ehre legt, sondern einzig nur von der höchst wandelbaren und unsichern Ansicht der Gerichte über den im einzelnen Falle vorhandenen Grad der Ehrenrührigkeit der zugefügten Unbild. Es ist darum auch keine bekannte, sondern eine unbekannte Größe, welche der Ankläger zu fordern hat, die erst durch das richterliche Straferkenntniß ihr bestimmtes Maß erhält.

Die Verpflichtung des Anklägers zur Stellung eines be-

stimmten Strafantrages würde besonders in dem Falle höchst bedenklich erscheinen, wenn man der Ansicht Raum giebt, daß durch das Gesuch des Anklägers um Erkennung einer höhern als vierwöchentlichen Gefängnißstrafe die Competenz des betreffenden Hofgerichts begründet werde. Fände nämlich das Hofgericht, daß der Ankläger zuviel begehrt habe, und nur eine die Competenz des Untergerichts nicht übersteigende Strafe auszusprechen sei, so würde der Ankläger zugleich in diejenigen Kosten verfällt werden müssen, welche durch die Devolvirung der Sache an ein Hofgericht mehr veranlaßt werden, was nicht geschehen könnte, wenn kein bestimmter Antrag gestellt ist.

Die Verbindlichkeit, einen bestimmten Strafantrag zu stellen, würde den schlichten Bürger nicht selten in die größte Verlegenheit setzen, und öfters Veranlassung dazu geben, Injurienklagen, statt solche selbst mündlich dem Richter vorzutragen, durch rechtsgelehrte Anwälte anstellen zu lassen. Daß übrigens noch zur Zeit keine positive Verpflichtung zu einem solchen Antrag auf ein bestimmtes Strafmaß für den Kläger bestehe, indem die dießfallsige Bestimmung des Preßgesetzes weder in das Ehrenkränkungsgesetz, noch in die Vollzugsverordnung vom 17. Febr. 1832 aufgenommen ist, braucht kaum bemerkt zu werden.

§. 5. An die so eben berührte Frage reiht sich die weitere an: ob in dem Falle, wenn das Gesuch des Anklägers dahin geht, den Angeklagten der Verläumdung für schuldig zu erkennen, der Richter aber nicht den Thatbestand der Verläumdung, wohl aber den der Ehrenkränkung für erwiesen hält, eine Abweisung des Klägers erfolgen, oder nicht vielmehr der Angeklagte wenigstens der Ehrenkränkung für schuldig erkannt werden müsse.

Daß der Angeklagte weder eines größeren Vergehens für schuldig erkannt werden darf, als er beschuldigt ist, noch in eine härtere Strafe verfällt werden kann, als der Ankläger etwa gegen ihn in Antrag gebracht hat, leuchtet so ziemlich von selbst ein. Nicht minder einleuchtend scheint es aber auch zu seyn, daß wohl das Gegentheil geschehen darf, und es daher keinem Bedenken unterliegen kann, Denjenigen, der einer Verläumdung beschuldigt wurde, aber nur einer Ehrenkränkung schuldig befunden wird, dieser letztern wirklich für schuldig zu erklären, weil jede Verläumdung auch eine Ehrenkränkung in sich begreift, und daher im unterstellten Falle nicht gesagt werden kann, daß der Richter einer Partei mehr zuerkannt habe, als sie gebeten hat.

§. 6. Eine ebenfalls nicht unwichtige Frage ist die: wer im Falle der Zahlungsunfähigkeit des verurtheilten Beklagten die Kosten des Strafvollzugs zu tragen habe; ob solche nämlich dem Ankläger oder dem Staate zur Last fallen.

Die Gründe, welche für und gegen die eine und die andere Meinung sprechen, sind in Nr. 16 der Annalen der badischen Gerichte vom l. J. ausführlich entwickelt. Da es überflüssig wäre, das dort Gesagte hier zu wiederholen, so will ich mich bloß auf die Bemerkung beschränken, daß hier an dem Grundsatze festzuhalten seyn dürfte, daß der Staat eben so wie jeder seiner Bürger zur Zahlung von Prozeßkosten, gleich viel ob solche durch die Untersuchung oder Verhandlung des Gegenstandes vor Gericht, oder durch die Urtheilsvollstreckung veranlaßt worden, nur in so fern verbunden seyn kann, als diese Verbindlichkeit eine rechtliche Folge seiner Theilnahme an der Rechtsverfolgung ist. Diesem Grundsatze zufolge kann in Ehrenkränkungssachen von einer Verbindlichkeit des Staates zur Tragung von Prozeß- oder Strafvollzugskosten nur in dem Falle noch die Rede seyn, wenn die Klage durch den Staatsanwalt erhoben wird. In allen andern Fällen hingegen werden diese Kosten, wenn der Verurtheilte sie nicht selbst zu bestreiten vermag, von dem Kläger zu tragen seyn, der den Strafvollzug verlangt.

Die Bestimmungen des Art. 204 der P. G. O. und des Art. 8 unseres Strafedicts entscheiden hier nichts, weil sich dieselben nicht auf Privatdelicte, sondern auf öffentliche Delicte beziehen, d. h. auf solche, deren Bestrafung der Staat aus eigenem Interesse fordert.

Die Behauptung, daß der Staat im unterstellten Falle aus dem Grunde zur Tragung der fraglichen Kosten verbunden sei, weil der Beleidigte Schutz seines höchsten Gutes, seiner Ehre, von ihm fordern könne, beweist zu viel, und eben darum nichts. Denn strenge durchgeführt, würde dieser Grundsatz beweisen, daß der Staat auch in dem Falle die Kosten zu tragen habe, wenn ein Gläubiger die Verhaftung seines zahlungsunfähigen Schuldners fordern kann. Ja, es würde sogar daraus folgen, daß der Staat seinen Bürgern in allen Rechtsangelegenheiten ohne Unterschied unentgeltliche Rechtspflege schuldig sei.

In der engsten Verbindung mit der so eben berührten Frage steht die weitere: ob der Strafvollzug von Amtswegen, oder nur auf Anrufen des Klägers anzuordnen sei. Nach meinem Dafürhalten ist die richterliche Thätigkeit auch in dieser Beziehung, wie in Privatsachen überhaupt, durch das Anrufen der Betheiligten bedingt, und das Abwarten dieses Anrufens wird besonders alsdann unumgänglich nothwendig seyn, wenn man mit mir dafürhält, daß in dem bei der vorhergehenden Frage unterstellten Falle die Vollzugskosten auf den Kläger fallen.

§. 7. Alle übrigen minder wichtigen Zweifel übergehend, will ich endlich nur noch die Streitfrage berühren: ob in Ehrenkränkungssachen noch ein Recurs zur Gnade Statt finde.

Auch diese Frage ist in den Annalen der Großh. badischen Gerichte schon umständlich beleuchtet worden. Die Gründe, welche dort dafür und dagegen angeführt wurden, will ich

nicht wiederholen, sondern mir nur einige Bemerkungen über die rechtliche Natur und den Umfang des Begnadigungsrechtes erlauben.

Das Begnadigungsrecht ist eine aus den im Staatsoberhaupte vereinigten Rechten der Staatsgewalt fließende Prärogative der Krone, und besteht in nichts anderem, als in der Befugniß, einem Verurtheilten die Schuld, welche er dem Staate durch Erstehung der gegen ihn ausgesprochenen Strafe abzutragen hat, ganz oder theilweise zu erlassen. Da das Begnadigungsrecht ein Ausfluß der Staatsgewalt ist, so kann dasselbe unmöglich von größerem Umfange seyn, als diese selbst, und kann mithin nicht über die Grenzen der letztern ausgedehnt werden.

Der Staatsgewalt steht nur über die Rechte des Staats, aber nicht über die Privatrechte der einzelnen Staatsbürger eine freie Verfügungsgewalt zu. Eine Begnadigung wird demzufolge nur in so fern Statt finden können, als sie nicht in die Rechte eines Privaten eingreift, sondern lediglich nur die Vergebung eines öffentlichen Rechts zur Folge hat. Es wird daher die Entscheidung der in Rede stehenden Streitfrage zunächst von der Beantwortung der Vorfrage abhängen: ob das Recht, den Vollzug einer in einer Ehrenkränkungssache erkannten Strafe zu verlangen, ein Privatrecht, oder ob es ein öffentliches Recht sei.

Nach dem Gesetze über Ehrenkränkungen wird dieses Recht auf das Bestimmteste für ein reines Privatrecht erklärt werden müssen. Der Staat hat auf das Recht, Injurien im öffentlichen Interesse zu verfolgen, nun einmal Verzicht geleistet, und diese Rechtsverfolgung, mit wenigen Ausnahmen, für eine bloße Privatsache des Beleidigten erklärt. Wo daher nicht eine dieser Ausnahmen Statt findet, da kann der Staat eben so wenig berechtigt seyn, den Vollzug der gegen einen Injurianten erkannten Strafe zu verlangen, als er dazu berechtigt ist, denselben vor Gericht zu fordern.

Hiernach dürfte sich die Frage: ob und in wie fern in Injuriensachen noch ein Begnadigungsrecht Platz greife, von selbst lösen. Die Begnadigung ist eine von der obersten Staatsgewalt ausgehende Verzichtleistung auf das öffentliche Recht, den Vollzug einer Strafe zu fordern, und kann daher, weil Verzichtleistungen auf Rechte Dritter nicht gültig geschehen können, nur Statt finden, wo das besagte Recht wirklich ein öffentliches und kein Privatrecht ist.

Ob übrigens die erkannte Strafe eine Gefängniß- oder eine Geldstrafe sei, ist ganz einerlei. Die Erstehung derselben ist in jedem Falle eine Schuld, welche der Verurtheilte dem Verletzten abzutragen hat, und ob diese Schuld mit Gefängniß oder Geld gesühnt werden muß, das kann den rechtlichen Gesichtspunkt der Sache nicht verrücken.

Eben so ändert auch der Umstand die Ansicht der Sache nicht, daß auch bei andern Verbrechen, z. B. beim Ehebruch und Familiendiebstahl, obgleich sie ebenfalls nur dann verfolgt werden, wenn von Seiten eines Betheiligten Veranlassung dazu gegeben wird, die Erläßlichkeit der Strafe im Wege der Gnade dennoch nicht in Zweifel gezogen werden kann. Diese Verbrechen sind nicht wie die Ehrenkränkungen für bloße Privatdelicte erklärt, und daher immer noch als öffentliche zu betrachten. Auch ist es nicht nothwendig, daß der beleidigte Theil als förmlicher Ankläger gegen den Schuldigen auftritt, sondern es ist genügend, wenn er dem Richter die begangene That anzeigt und auf amtspflichtige Untersuchung derselben anträgt. Das auf solche Weise veranlaßte Straferkenntniß wird dieses Antrags ungeachtet nicht im Interesse des Beleidigten, sondern vielmehr, wie bei allen andern öffentlichen Verbrechen, im Interesse des Staats ertheilt, der eben deßwegen auch ein Recht hat, den Vollzug desselben zu fordern, und gerade dieses Recht des Staats ist hier, wie überall, eine der hauptsächlichsten Bedingungen der Zuläßigkeit des Begnadigungsrechtes.

III.

Beitrag zur Lehre des Concurses.

Sind die bei Abschließung von Nachlaßverträgen in Ganten der Handelsleute an einzelne Gläubiger gemachten Versprechungen der Nachzahlung klagbar?

Im Jahre 1828 kam Z. in Gant und schloß mit seinen Creditoren am 11. Februar 1829 einen Nachlaßvergleich. Unter den Gläubigern befand sich auch B., an dessen Freund C. am 10. Februar 1829 ein Schreiben folgenden Inhaltes von dem Gemeinschuldner gerichtet wurde: .... „Es bleibt mir, leider! kein disponibler Besitz und die Resultate meines Fleißes werden wahrscheinlich zur langen Zeit kaum zur anständigen Unterhaltung meiner Familie hinreichen. Aber ich will meine Ueberzeugung zu beweisen suchen, indem ich im Vertrauen auf meine Kräfte und des Handels Segen verspreche, den Betrag von 236 fl. aus meinem künftigen Erwerbe dergestalt abzutragen, daß ich, vom 15. Novbr. d. J. angerechnet, alle drei Monate ein Viertel dieser Summe mit 59 fl. bezahlen werde.... Genehmigen Sie mit der höflichen Bitte um gelegentliche Mittheilung an Herrn B. die Versicherung rc. rc." Am 23. Novbr. 1829 schrieb Z. an B. folgendes hieher Gehörige: „Ich muß Sie bitten, allmählig von Zeit zu Zeit kleinere Pöstchen anzunehmen, mit denen ich mich einstellen werde, so oft und bald es mir möglich ist." Nach und nach wurden 97 fl. 19 kr. an der obigen Summe von 236 fl. bezahlt. Am 15. Januar 1831 trat B. mit einer Klage auf und verlangte Zahlung des Restes von 138 fl. 41 kr. nebst Verzugszinsen vom Tage der Klage, weil ihm Z. die Nachzahlung versprochen habe. In der Einredeschrift wurde

vorgetragen und in Abrede gestellt: a. daß der Beklagte sich zu dieser Nachzahlung gegen den Kläger selbst verpflichtet, b. daß er sich rechtsgültig verpflichtet habe, c. daß der Kläger nicht werde nachweisen können, daß der Beklagte zu Vermögen gelangt ist und durch die Zahlung dieser Forderung der nöthige Unterhalt für ihn und seine Familie nicht geschmälert werde. Nach weiter gepflogenen und geschlossenen Verhandlungen ergieng vom Richter erster Instanz unterm 3. April 1834 folgender Bescheid:

Wird zu Recht erkannt, daß der Beklagte, Einwendens ungehindert, die gegen ihn mit 138 fl. 41 kr. eingeklagte Restforderung nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 15. Januar l. J., als dem Tage der Klage, dem Kläger binnen vier Wochen, bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung und mit Verurtheilung in die veranlaßten Klagkosten, zu bezahlen schuldig sei.

Entscheidungsgründe:

Wegen der nach der Klage vom 15. Jan. l. J. gemacht werdenden Restforderung von 138 fl. 41 kr. wird von dem Beklagten nach seiner Verantwortung vom 30. ejusd. bemerkt, daß er einestheils sich gegen den Kläger nicht rechtsverbindlich verpflichtet habe, weßhalb er sich auf die Art. 212, 214 des Handelsrechts abberuft, anderntheils aber auch der Kläger nicht werde nachweisen können, daß durch die Zahlung der fraglichen Forderung der nöthige Unterhalt für ihn, Beklagten, und seine Familie nicht geschmälert werde: dabei behielt sich derselbe die Rückforderung der bezahlten, aber nicht schuldig gewesenen 97 fl. 19 kr. ausdrücklich bevor. Was nun den ersten Einwand betrifft, so scheint derselbe begründet zu seyn, denn wenn auch der Beklagte die von dem Kläger seiner Behauptung nach nur in Abschrift beigelegten Urkunden auf die geschehene Vorlage der Originalien anerkannt hat, so tritt doch bei der unterm 10. Febr. 1829 ausgestellten der Umstand ein, worüber sich der Beklagte hinsichtlich ihrer Ungültigkeit erklärt hat, weil das Arrangement zwischen dem Beklagten und seinen Gläubigern erst am 11. Febr. 1829 gerichtlich abgeschlossen worden ist und hiernach die Sätze 212. 214 des Handelsrechts dem Beklagten eben so zur Seite stehen, als wegen der von solchem ausgestellten weitern Urkunde vom 23. Novbr. 1829 für ihn der L. R. S. 1338 im Eingange spricht: allein wenn auch eine Urkunde über die Bestätigung oder Genehmigung der vom Beklagten gegen den Kläger übernommenen Verbindlichkeit nicht vorhanden ist, wie solche das Gesetz vorschreibt, so genügt dessen freiwillige Erfüllung und wirkt einen Verzicht auf Klagen und Einreden, welche wirklich gegen das Geschäft Statt gefunden hätten: eben so spricht aber auch für den Kläger der L. R. S. 1338 a., und hiernach muß der Beklagte seine nach der Urkunde vom 10. Febr. 1829 übernommene und gegen den Kläger in seinem Schreiben an E. erklärte Verbindlichkeit erfüllen und kann eben deßwegen von einer Rückforderung der bereits bezahlten 97 fl. 19 kr. keine Rede seyn. Was den zweiten Einwand betrifft, so verdient solcher gleichfalls keine Berücksichtigung, denn da der Beklagte zur Zeit seiner Vergantung die Urkunde vom 10. Febr. 1829 ausgestellt hat, so mußte ihm wohl bekannt seyn, daß und wie er nach seinen Vermögensumständen das gegen den Kläger übernommene Versprechen erfüllen könne, ansonst er solches gewiß nicht würde gemacht haben, wofür auch schon der Umstand spricht, daß er einen Theil seiner übernommenen Verbindlichkeit nicht nur erfüllt hat, sondern auch nach der Urkunde vom 23. Novbr. 1829 deren Erfüllung keineswegs verweigert, sondern nur darum gebeten hat, daß der Kläger von Zeit zu Zeit kleinere Pöstchen, als die früher bezahlt erhaltenen, von ihm annehmen möchte. In dieser Hinsicht ist die angestellte Klage gehörig begründet.

Auf die von dem Beklagten gegen diesen Bescheid ergriffene Berufung wurde vom Großh. Hofgerichte zu Mannheim am 1. Octbr. 1834 zu Recht erkannt:

daß gedachter Bescheid unter Verfällung des Klägers in die Kosten beider Instanzen dahin abzuändern sei, daß Kläger mit seiner angestellten Klage ab- und zur Ruhe zu verweisen sei.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß nach Anhangsatz 209 der Gemeinschuldner der Verwaltung seines Vermögens verlustig ist und nach Anhangsatz 214 alle zur Gefährde der Gläubiger geschehenen Handlungen ungültig sind;

In Erwägung, daß daher die von dem Beklagten in dem Schreiben vom 10. Febr. übernommene Verbindlichkeit nicht als klagbar angesehen werden kann;

In Erwägung, daß überdieß sich Beklagter hiedurch nicht dem Gläubiger selbst, vielmehr nur dem E. verbindlich gemacht hat, Letzterer aber nach L. R. S. 1121 zum Vortheil des Klägers nur in so fern sich etwas hätte bedingen können, als es im Gefolg eines mit demselben für seine Person abgeschlossenen Vertrages geschehen wäre;

In Erwägung, daß L. R. S. 1338 a. auf ipso jure nichtige und vom Gesetze reprobirte Verbindlichkeiten keine Anwendung findet;

In Erwägung, daß das weitere an den Kläger selbst gerichtete Schreiben des Beklagten vom 23. Novbr. 1829 der Klage auf gleichbaldige Zahlung des ganzen Betrages ebenfalls keinen Halt giebt, da Letzterer hiedurch nur im Allgemeinen allmählige Zahlungen in kleineren Posten, wie es seine oeconomischen Verhältnisse gestatten, versprochen hat.

Aus diesen Gründen ɪc. ɪc.

Dr. Uihlein.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. | Nro. 50. | Karlsruhe den 13. December 1834.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Die Mängel des Ehrenkränkungsgesetzes und der Vollzugsverordnungen betreffend.

Am 22. Febr. d. J. wurde von dem Hofgericht an das Großh. Justizministerium berichtet:

„Die Anstände, die uns beim Vollzuge des Ehrenkränkungsgesetzes und der darauf Bezug habenden Verordnungen vorgekommen sind, bestehen in Folgenden:

1) „Körperliche Mißhandlungen fallen ohne allen Zweifel nach §. 3 dieses Gesetzes unter den Begriff von Ehrenkränkungen. Der §. 4 bezeichnet sie als qualificirte Ehrenkränkungen; er fügt aber auch zugleich die Beschränkung bei, daß sie keine ein besonderes Vergehen oder Verbrechen begründende Rechtsverletzung enthalten dürfen, und bezeichnet dadurch die Grenzlinie des Begriffs der Ehrenkränkungen. Diese Grenzlinie tritt ein, wenn die körperliche Mißhandlung in Verwundung übergeht; denn selbst leichte Verwundungen, die zu ihrer Heilung der ärztlichen und wundärztlichen Hülfe nicht bedürfen, sind im §. 71 des Strafedicts den polizeilichen Vergehen beigezählt. Hieraus folgt, daß das Ehrenkränkungsgesetz auf körperliche Mißhandlungen, die in Verwundungen ausarten, selbst dann, wenn sie keiner Kunsthülfe zu ihrer Heilung bedürfen, keine Anwendung findet. Die Untersuchung und Bestrafung leichter Verwundungen ist daher nicht von der Klage des Verwundeten abhängig und die ergehenden polizeilichen Erkenntnisse unterliegen dem Recurse an die Oberpolizeibehörden. Indessen hat das Großh. Ministerium des Innern durch die Verordnung vom 27. Aug. 1832, die uns durch das Justizministerialrescript vom 4. Sept. 1832 Nr. 5365 zur Nachricht mitgetheilt worden ist, den Aemtern bei Verwundungen, die zu ihrer Heilung keiner ärztlichen oder wundärztlichen Hülfe bedürfen, alle Einschreitungen von Amtswegen aus dem Grunde untersagt, weil solche nach §. 4 des Strafedicts als Realinjurien, mithin als Ehrenkränkungen anzusehen seien, die nur auf erhobene Klage des Beleidigten zu untersuchen sind. Es ist nun zwar richtig, daß in dem erwähnten Paragraphen des Strafedicts Thätlichkeiten und Realinjurien, die zu ihrer Heilung einer Kunsthülfe nicht bedürfen, als gleichbedeutend bezeichnet sind. Allein unseres Erachtens kommt es nicht auf den Begriff an, den das Strafedict, sondern auf jenen, den das Ehrenkränkungsgesetz von Realinjurien aufstellt. Dieses aber will darunter nur jene körperlichen Mißhandlungen verstanden wissen, denen die Absicht der Ehrenkränkung und nicht jene der körperlichen Verletzung zum Grunde liegt. Verwundungen sind daher vom Begriffe der Ehrenkränkungen schlechthin ausgeschlossen. Der Commissionsbericht des Abgeordneten Bekk in den Verhandlungen der zweiten Kammer Beilagenheft IX. Seite 226 läßt darüber, daß der §. 4 des Ehrenkränkungsgesetzes in diesem Sinne abgefaßt ist, keinen Zweifel übrig *). Die Verordnung des Großh. Ministeriums des Innern steht daher mit den Vorschriften des Ehrenkränkungsgesetzes im Widerspruch, und es ist zu wünschen, daß dieser bald möglich gehoben werde. Zwar ist das Mißverhältniß nicht zu verkennen, das nunmehr zwischen der Strafe einer mit körperlicher Mißhandlung verbundenen Ehrenkränkung und der Strafe einer wirklichen Verwundung besteht; denn während das Maximum der ersteren, wenn sie gegen einen Staatsbeamten ꝛc. ꝛc. bei einer Amtsverrichtung verübt wird, auf sechs Monate Gefängniß festgesetzt ist, kann nach dem Strafedicte wegen einer mit gleicher Qualification verübten leichten Verwundung nur auf vier Wochen Gefängniß erkannt werden, weil dieses das Maximum des polizeilichen Strafmaßes ist. Ja, es kann sogar eine schwere Verwundung, wenn sie unter gleicher Aggravation, aber mit unschädlichen Waffen und ohne bleibenden Schaden verübt ist, nach §. 71 lit. l. des Strafedicts höher nicht als mit vier Wochen Gefängniß bestraft werden. Unter diesen Verhältnissen wäre es in der That zweckmäßiger, die Strafen des Ehrenkränkungsgesetzes auf diese Verwundungen anzuwenden. Aber

---

*) In dem in Nr. 48 (zweiter Jahrg.) dieses Blattes mitgetheilten Gutachten des Hofgerichts in Meersburg ist hinsichtlich dieses Punktes die entgegengesetzte Ansicht ausgeführt. D. R.

willkührlich darf dieß nicht geschehen. Nur die §§. 45 und 46 sind durch dieses Gesetz aufgehoben. Der §. 71 hat dadurch gar keine Veränderung erlitten. Es ist daher kein gesetzlicher Grund vorhanden, seine Anwendung zu umgehen *). Dagegen ist die augenscheinliche Nothwendigkeit vorhanden, das bemerkte Mißverhältniß auf dem Wege der Gesetzgebung zu beseitigen."

2) „Es ist in Zweifel gezogen worden, ob der Staatsanwalt zur Klage legitimirt sei, wenn ein Staatsbeamter während einer Amtshandlung wörtlich beleidigt wird? Der §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes sagt: „„In dem Falle des §. 5 kann auch der Staatsanwalt die Klage erheben."" In diesem Paragraphen ist aber nur die Rede von Ehrenkränkungen, die mit körperlicher Mißhandlung verbunden sind. Es scheint daher, daß der Staatsanwalt nicht befugt ist, bei bloß wörtlichen Beleidigungen eines Staatsbeamten klagend einzuschreiten. Allein aller Zweifel schwindet, wenn man den weiteren Inhalt des Paragraphen ins Auge faßt; denn dieser ermächtigt den Staatsanwalt, die Klage zu erheben, wenn die Beleidigung an den nicht unter die eigentlichen Staatsbeamten gehörigen untergeordneten öffentlichen Dienern bei Ausübung ihres Amtes geschah und wenn durch Ehrenkränkungen und Verläumdungen gegen Staatsdiener ꝛc. außerhalb ihres Dienstes Verhältnisse zur Sprache gebracht werden, welche, wenn sie wahr wären, nach den Gesetzen die vorgeschriebenen Besserungsversuche oder die Dienstentlassung zur Folge haben könnten. Ist der Staatsanwalt befugt, für untergeordnete Diener wegen Beleidigungen im Dienste Klage zu erheben, so ist es gewiß der Wille des Gesetzes, daß er auch im gleichen Falle wirkliche Staatsbeamte klagend vertreten darf, und zwar um so mehr, da er in gewissen Fällen selbst bei Beleidigungen außerhalb des Dienstes zur Klage legitimirt ist. Man hat dem in dem §. 12 vorkommenden Bindewort „„ebenso"" den Sinn beilegen wollen, daß die Vertretung der untergeordneten Diener dadurch ebenfalls an die Voraussetzung geknüpft sei, daß die Beleidigung mit der im §. 5 bezeichneten Qualification verbunden ist. Allein offenbar bedeutet dieses Bindewort nicht mehr und nicht weniger als das im nächsten Satze vorkommende Wort „„auch.""

„Die Kammerverhandlungen beweisen ganz klar, daß man die Absicht hatte, dem Staatsanwalte die Vertretung aller, den öffentlichen Beamten im Amte zugefügten Beleidigungen zu übertragen und die angeführten Bedenken haben ihren Grund nur in einer mangelhaften Redaction des §. 12. An diesem Paragraphen wurde bei der Discussion in der Kammer in Beziehung auf die vorliegenden Fragen gar nichts geändert. Dagegen erlitt aber der §. 5, auf den er sich bezieht, eine wesentliche Veränderung. Der Gesetzesentwurf der Commission war dahin gerichtet, daß jede Verläumdung und Ehrenkränkung, die einem Staatsbeamten ꝛc. während einer Amtshandlung zugefügt wird, mit einer um die Hälfte erhöhten Strafe belegt werden könne. Die Kammer beschränkte jedoch bei der Annahme dieses Paragraphen diese Verschärfung auf körperliche Mißhandlungen; aber Niemand dachte daran, die Vertretung des Staatsanwalts auf solche zu beschränken. Der §. 12 hätte daher eine, dem §. 5 des Gesetzesentwurfs entsprechende Fassung erhalten sollen. Daß dieses unterlassen worden ist, kann nicht die Folge haben, dem erwähnten Paragraphen einen, der klaren Absicht der Gesetzgeber ganz entgegengesetzten Sinn zu unterlegen. Indessen ist es nothwendig, die Mangelhaftigkeit seiner Fassung bei einer neuen Redaction des Gesetzes zu verbessern."

3) „Die Competenz der Aemter ist durch den §. 2 der Vollzugsverordnung vom 17. Febr. 1832 festgesetzt. Diese Bestimmung ist jedoch zu allgemein und es sind daraus mancherlei Anstände entstanden, die wir durch die in Abschrift nebengehende Generalverfügung vom 12. Mai 1833 Nr. 1553 gehoben haben *). Der Inhalt derselben muß daher bei einer neuen Bearbeitung des Gesetzes berücksichtigt werden."

4) „Das Ehrenkränkungsgesetz erwähnt zwar des gefreiten Gerichtsstandes, allein weder dort, noch in der Vollzugsverordnung vom 17. Febr. 1832 ist eine Vorschrift enthalten, durch welche Gerichtsbehörden die Untersuchung und das Erkenntniß in Ehrenkränkungssachen gegen die Grundherrn und patentisirten Diener erfolgen soll. Hierüber sowohl als über alle dahin einschlagenden Nebenfragen ist durch das hohe Staatsministerialrescript vom 1. Febr. 1833 Nr. 271 **)

*) Hieraus könnte übrigens, wie sich wohl von selbst versteht, nicht folgen, daß man das Ehrenkränkungsgesetz auf die Fälle der Verwundungen und kleinerer Verletzungen gar nie anwenden dürfte. Das Gesetz läßt auf Verletzungen der Ehre nach den Umständen strengere Strafen zu, als auf die nicht in schwerere Verwundungen ausartenden Körperverletzungen an sich, in so fern bei letztern nicht zugleich eine Ehrenverletzung mit in Anschlag gebracht wird.

Wegen derselben That kann nun Jemand verschieden bestraft werden, je nachdem sie nur als Körperverletzung, oder aber auf Antrag des Verletzten als Realinjurie behandelt wird.

Schlägt Jemand einen Andern auf dem öffentlichen Markte mit der Hand in das Gesicht, so wird dieß, wenn man die erwähnte Bestimmung des §. 71 des Strafedicts noch für anwendbar hält, als „ein Polizeifrevel" von Amtswegen nur mit einer geringen polizeilichen Strafe abgethan. Wenn aber der Beleidigte klagt, bei der Aburtheilung die Ehrenverletzung also mit in Anschlag gebracht wird, so kann er wegen dieses größern Vergehens nach Umständen mit Gefängniß bis auf vier Monate bestraft werden.

D. R.

*) Siehe Annalen (erster Jahrg.) S. 226.

**) S. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 167.

eine maßgebende Verfügung erfolgt, deren wesentlicher Inhalt in das neue Gesetz aufgenommen werden muß."

5) „Das amtliche Verfahren hat dadurch eine feste Bestimmung erhalten, daß das Großh. Staatsministerium in der Entschließung vom 31. Juli v. J. Nr. 1977 *) den Grundsatz ausgesprochen hat, daß der §. 8 des Strafedicts die Grundlage des Verfahrens in Ehrenkränkungssachen bilde. Folgeweis ist hierdurch entschieden worden, daß der unterliegende Theil in die Kosten zu verurtheilen sei, daß keine Oeffentlichkeit des Verfahrens Statt finde, daß keine Advocaten und schriftliche Verhandlungen zuzulassen, daß für eingereichte Schriftsätze keine Advocatentaxen und nur die Receßgebühr zu passiren, und von den Aemtern keine Entscheidungsgründe zu den Erkenntnissen zu entwerfen seien *). Die Anstände, die sich beim Vollzug des Ehrenkränkungsgesetzes über diese Fragen ergeben haben, sind zwar durch den erwähnten Grundsatz beseitigt, indessen werden bei einer neuen Bearbeitung des Gesetzes positive Bestimmungen darüber erfolgen müssen. Wir haben darüber nur zu bemerken, daß wir die Entwerfung von Entscheidungsgründen zu den amtlichen Erkenntnissen für eben so zweckmäßig als nothwendig ansehen."

6) „Ueber die Frage: ob eine Ehrenkränkungsklage in foro der begangenen Ehrenkränkung oder in foro des Wohnsitzes des Angeschuldigten anzustellen sei? fehlt es an einer bestimmten Vorschrift. Für die letztere Alternative scheint der §. 14 zu sprechen, indem dort der Richter des Beleidigers als ordentlicher Richter bezeichnet wird. Die Streitfrage ist jedoch hierdurch nicht deutlich entschieden, denn man kann immer noch fragen: wer ist der ordentliche Richter des Beleidigers? Bekanntlich ist nur im Untersuchungsverfahren das forum delicti commissi das vorherrschende; der ordentliche Richter des Beleidigers ist daher jener, in dessen Bezirk die Ehrenkränkung begangen wird. Ueber diese Zweifel muß bei einer neuen Redaction des Gesetzes eine feste Bestimmung erfolgen. Unverkennbar hat indessen die letztere Ansicht den Vorzug der größeren Zweckmäßigkeit für sich. Der Gerichtsstand der begangenen Ehrenkränkung erleichtert dem Kläger die Verfolgung seines Rechts und dem Richter die Untersuchung. Die Zeugen stehen unter seinem Gerichtssprengel und wenn auch mehrere Beklagte belangt sind, so bedarf es nur einer Klage und einer Untersuchung. Den Beklagten ist hierdurch selbst dann, wenn sie auswärts wohnen, die Vertheidigung nicht erschwert, denn diese kann auf Requisition des Untersuchungsrichters leicht von seiner Heimathsbehörde erfolgen."

„Ganz anders verhält sich's hingegen, wenn die Klage

*) S. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 204 u. 355.

**) S. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 306.

in foro des Wohnsitzes des Beleidigers angestellt werden muß. Wurde der Kläger bei demselben Acte von mehreren Personen beleidigt, dann muß er bei dem Heimathsgerichte jedes Beklagten eine besondere Klage erheben. Von jedem muß eine Untersuchung geführt, von jedem ein Urtheil erlassen und nöthigenfalls auch gegen jedes die Appellation durchgeführt werden. Eine solche multiplicatio entium aber würde das Klagrecht des Beleidigten nicht nur ungebührlich erschweren, sondern in vielen Fällen ganz vereiteln. Ein Ausländer, der wegen einer im Inlande verübten Ehrenkränkung vor Gericht gezogen werden soll, kann ohnehin nirgend anders, als bei dem Richter des Bezirks belangt werden, in welchem die Ehrenkränkung vorgefallen ist."

„Wir tragen daher darauf an, daß der Gerichtsstand bei Ehrenkränkungsklagen dahin bestimmt werde, daß solche bei dem Richter anzustellen seien, in dessen Bezirke die Ehrenkränkung verübt worden ist. Es können zwar Fälle eintreten, wo es für den Kläger und Beklagten gleich unbequem und kostspielig ist, vor dem Richter der begangenen Ehrenkränkung Recht zu nehmen. Dieser Fall würde z. B. eintreten, wenn die Beleidigung in einem, dem Beleidiger und dem Beleidigten fremden Gerichtsbezirke vorgefallen ist; es fragt sich daher, ob es nicht zweckmäßig sei, dem Kläger die Wahl zu lassen, ob er die Klage in foro domicilii oder in foro der begangenen Ehrenkränkung anstellen will? Wenn diese Wahl auf den oben angeführten Fall beschränkt wird, so würde sich dagegen nichts Wesentliches erinnern lassen, obwohl auch ohne solche durch freiwillige Prorogation des Gerichtsstandes das übereinstimmende Interesse des Klägers und des Beklagten erreicht werden kann. Allein eine ganz ungebührliche Begünstigung des Klägers würde es seyn, wenn ihm die Wahl des Gerichtsstandes ganz allgemein überlassen würde *)."

7) „Eben so schwierig ist die Frage: ob und welcher Rechtsnachtheil dem Angeschuldigten bei der Vorladung anzudrohen sei? Sieht man nur auf die Form des Verfahrens, so muß diese Frage verneint werden. Das Großh. Justizministerium hat auch durch die hohe Entschließung vom 8. Octbr. v. J. Nr. 5314 **) anher eröffnet, daß nach den Grundsätzen des bei Ehrenkränkungsklagen eintretenden Untersuchungsverfahrens zwar der ohne Entschuldigung ausbleibende Denunciat unter Androhung einer mäßigen Geld- oder Gefängnißstrafe vorgeladen, gegen den beharrlich ungehorsamen Angeschuldigten aber kein weiteres Zwangsmittel angewendet, sondern die Untersuchung fortgesetzt und die geschlossene Verhandlung zum Rechtsspruche vorgelegt werden soll. Allein diese Beugungsmittel sind ihrer Natur nach be-

*) S. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 368.

**) S. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 355.

schränkt und entsprechen nicht ihrem Zwecke. Sie sind zugleich gehässig; denn der Kläger verfolgt durch die Ehrenkränkungsklage ein privatrechtliches Interesse und die Anwendung strafrechtlicher Zwangsmittel zum Schutze seiner Rechtsverfolgung steht hiermit im Widerspruche. Zwar ist das Verhältniß des Beklagten in einem Ehrenkränkungsprozesse von bloß strafrechtlicher Natur. Allein bei der gänzlichen Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse der beiden streitenden Theile kann weder der privat- noch der strafrechtliche Gesichtspunkt allein entscheiden. Es muß auf beide Rücksicht genommen werden. Dieser Mittelweg scheint uns im §. 71 des Preßgesetzes eingehalten zu seyn, welcher verordnet, daß der ungehorsam ausbleibende Angeklagte der angeschuldigten Thatsache als geständig zu betrachten sei, wenn das Gegentheil nicht durch die Untersuchung hergestellt ist. Wir tragen daher darauf an, daß bei der neuen Bearbeitung des Gesetzes dieser im Preßgesetze ausgesprochene Grundsatz adoptirt werde."

8) „Hinsichtlich der Berufungen verweist die Instructivverordnung auf die in den §§. 78—80 des Preßgesetzes vorgeschriebenen Formalien. Allein die Erfahrung zeigt, daß diese Fristen viel zu kurz sind. Eine Erweiterung der Rechtfertigungsfrist scheint uns daher um so nothwendiger zu seyn, als das Preßgesetz gegen den Ablauf der Frist keine Restitution gestattet. Ueberhaupt scheint es uns, da der §. 8 des Strafedicts einmal als Grundlage des Ehrenkränkungsprozesses angenommen ist, viel consequenter zu seyn, wenn das Recursverfahren in Criminalsachen vollständig auf die Fristen der Berufung in Ehrenkränkungssachen angewendet wird, worauf wir hiermit den Antrag stellen."

9) „Was die Formen des Verfahrens in zweiter Instanz betrifft, so ist durch das höchste Staatsministerialrescript vom 14. Juni v. J. Nr. 3265 *) ausgesprochen, daß solches keinen anderen Bestimmungen unterliege, als jenen, welche im Allgemeinen für das Straf- und Recursverfahren bestehen. Es wird indessen zweckmäßig seyn, wenn hierüber eine nähere Vorschrift erfolgt und insbesondere angeordnet wird, daß bei Berufungen an die Hofgerichte die Verhandlungen bei den Aemtern zu pflegen und von diesen die Acten erst dann zum höheren Erkenntniß vorzulegen seien, wenn der Appellat über die Beschwerderechtfertigung vernommen worden ist. Diese letztere Vorschrift weicht von dem bisher bestandenen Recursverfahren ab. Sie ist aber um deßwillen unbedingt nothwendig, weil der Appellat, wenn ein reformatorisches Erkenntniß gegen ihn erfolgt, sonst ungehört verurtheilt wird. Wir haben diese Einrichtung durch eine Generalverfügung an die Aemter schon lange getroffen; die Verhandlungen werden nach Art der summarischen Appellation gepflogen und wir sind bis daher mit dem Erfolg zufrieden. Wir tragen daher darauf an, daß hierauf bei der neuen Bearbeitung des Gesetzes Rücksicht genommen werde."

10) „Ueber die Frage: ob in zweiter Instanz nova zugelassen und wie solche zu erheben seien? — ist durch die Instructivverordnung nichts entschieden, da der §. 81 des Preßgesetzes in derselben nicht für anwendbar erklärt worden ist. Unsere Ansicht hierüber ist in dem in Abschrift nebengehenden Plenarbeschlusse *) ausgesprochen, auf den wir uns beziehen."

11) „Der Vollständigkeit wegen muß auch eine Bestimmung darüber erfolgen, daß in Ehrenkränkungssachen nur zwei Instanzen Statt finden und in welchen Fällen dieselben im Wege der Cassation in die dritte Instanz gebracht werden können **)."

12) „Auch darüber ist eine Bestimmung nothwendig, ob in Ehrenkränkungssachen ein Gnadenrecurs Statt finde? Wenn man die verschiedenartigen Rechtsverhältnisse des Klägers und des Beklagten gehörig unterscheidet, so ist die Lösung dieser Frage nicht schwierig. Hat man nur das strafrechtliche Verhältniß des Beklagten im Auge, so scheint der Gnadenrecurs begründet zu seyn. Allein es darf auch das privatrechtliche Verhältniß des Klägers nicht unbeachtet bleiben. Ehrenkränkungen werden nur auf erhobene Klage des Beleidigten bestraft. Das richterliche Erkenntniß, wodurch der Beleidiger der Ehrenkränkung für schuldig erklärt und in die gesetzliche Strafe verfällt wird, ist eine richterliche Anerkennung seines durch die Klage verfolgten Privatrechts auf Ehre. Das richterliche Erkenntniß giebt ihm ein wohlerworbenes Recht auf den Vollzug der ihm zuerkannten Genugthuung, und es erscheint als ein Eingriff in dieses Recht, wenn man einen Theil desselben, die erkannten Strafen, davon trennen und durch das Begnadigungsrecht vernichten will. Dem Staatsoberhaupt steht unbezweifelt das Recht zu, die vom Richter erkannten Strafen zu mildern oder nachzulassen. Allein offenbar findet dieses Recht nur auf jene Strafen Anwendung, die im öffentlichen Interesse, nicht aber auf jene, die im Privatinteresse einer Partei erkannt worden sind, welche ein Privatrecht klagend verfolgt. Diese Rechte muß die Staatsgewalt schützen, und es würde in Cabinetsjustiz ausarten, wenn sie dieselben durch einseitige Begnadigung verkümmern wollte. Wir sind daher der Meinung, daß der §. 87 des Preßgesetzes auf das Ehrenkränkungsgesetz zu übertragen und auszusprechen sei, daß der Recurs zur Gnade nur dann Statt finde, wenn der Staatsanwalt die Ehrenkränkungsklage von Amtswegen erhoben hat ***)."

Anmerkung. In diesem Berichte, welcher bis jetzt noch ohne Erfolg geblieben ist, wird der Strafverwandlung nicht gedacht. Das Hofgericht läßt sie unbedingt zu, sobald der Kläger einwilligt; andernfalls hängt die Willfahrung oder Verwerfung des Gesuchs von dem Gehalt der dafür angeführten Gründe und ihrer Bescheinigung ab, wobei der §. 98 des Strafedicts zur Richtschnur genommen wird. Niemals wird jedoch einer Strafverwandlung Statt gegeben, bevor der Beleidigte über das deßfallsige Gesuch gehört worden ist, um seinem Privatrechte nichts zu vergeben.

Bayer.

---

*) Es ist hier das Staatsministerialrescript vom 31. Juli 1833 Nr. 1977 gemeint, dessen oben unter Nr. 5 Erwähnung geschieht. Dasselbe wurde auf einen Vortrag des Justizministeriums vom 14. Juni 1832 Nr. 3265 erlassen.

*) S. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 228.

**) Vergl. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 356.

***) Vergl. Annalen (erster Jahrg.) a. a. O. S. 299, 300, 325 u. 369.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. №. 51. Karlsruhe den 20. December 1834.

I.

Auch ein Versuch, die Anfrage in Nr. 40 (zweiter Jahrg.) der Annalen zu beantworten.

Jeder Losungsberechtigte ist nach L. R. Zus. 1701 b. b. allerdings einstandsberechtigt, d. h. er ist nicht genöthigt, den Abschluß eines gegebenen Vertrages unter zugbarem Rechtstitel erst abzuwarten, um sein Abtriebsrecht auszuüben, sondern er kann auch noch vor abgeschlossenen Verhandlungen seine Ansprüche geltend machen. So richtig es ist, daß sich Niemand so leicht geneigt finden werde, von einem Rechte Gebrauch zu machen, das ihm durch Aufhebung der unabgeschlossenen Verhandlungen oder durch höher hinaufgetriebene Bedingungen nur Nachtheil droht, so wird denn doch kraft Gesetzes die Losung durch das Einstandsrecht nicht entbehrlich, sondern letzteres kann nur als Mittel gebraucht werden, dieselbe entbehrlich zu machen; es ist Allen, die in dergleichen Vertragsunterhandlungen stehen, unbenommen, durch Beirufung der Einstandsberechtigten, also auch der Losungsberechtigten sich zu sichern, daß ihre Absicht nicht unerwartet am Ende durch eine Losung vereitelt werde. Eine solche Beirufung muß in den Fällen des L. R. Zus. 1701 b. b. Abs. 1 und 3 und L. R. Zus. 1701 a. b. Abs. 2, 3 und 4 durch urkundliche Aufforderung des bekannten Einstands- oder Losungsberechtigten geschehen, wo aber ganze Gemeinden und deren sämmtliche Bürger (nach L. R. Zus. 1701 a. b. Abs. 1 und 1701 b. b. Abs. 2) zum Einstand oder Losen berechtigt sind, könnte diese Aufforderung anders nicht, als in Form einer gehörig beurkundeten öffentlichen Bekanntmachung Statt finden, und es unterliegt alsdann wohl keinem Zweifel, daß nicht jeder Gemeindsbürger das Einstandsrecht auszuüben befugt wäre.

Dergleichen Bekanntmachungen vor völligem Abschlusse des Vertrages sind indessen durchaus nicht gebräuchlich; eine Ausübung des Einstandsrechts im hier befraglichen Falle ist aber auch zu keiner Zeit denkbar gewesen. Der Landrechtszusatz 1701 b. a. und noch deutlicher §. 18 des Gesetzes vom 3. Mai 1808 schreiben gewisse Vorsichtsmaßregeln vor, diesen Maßregeln soll nun dadurch Genüge geschehen seyn, daß Bürgermeister N. der Versteigerung, wozu er geladen war, in Person beigewohnt, und nicht geboten habe. Allein fürs erste ist Bürgermeister N. nicht zu dieser Versteigerung berufen worden, weil er (wie jeder andere Gemeindsbürger) ein Einstandsrecht hatte, sondern gleich jedem andern Einheimischen und Fremden durch allgemeine Bekanntmachung, um, wenn er es für gut fand, ein Steigerungsgebot abgeben zu können; wollte man der Wirkung des L. R. Zus. 1701 b. c. zuvorkommen, so mußte die Beirufung ausdrücklich geschehen mit Hindeutung auf den Rechtsnachtheil, der damit beabsichtigt wurde. Das Erscheinen des N. bei der Versteigerung war also in Beziehung auf die Ausübung eines künftigen Losungsrechtes eine eben so gleichgültige Handlung, als sein Nichtbieten bei dem Steigerungsacte.

Fürs Andere aber ist es ja gar nicht die Versteigerung, aus welcher Bürgermeister N. ein Losungsrecht in Anspruch nehmen will; §. 10 des Gesetzes von 1808 enthält hierüber das bestimmteste Verbot. Nur daraus, daß die Versteigerung als solche in ihrem ganzen Umfange, kraft vorbehaltener Ratification der Großh. Hofdomänenkammer aufgehoben, und an deren Stelle ein Handverkauf gesetzt worden sei, behauptete er ein Losungsrecht nicht der durch Versteigerung, sondern durch Handverkauf veräußerten Liegenschaften erworben zu haben.

Ob also eine solche Aufhebung, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, aber doch folgerungsweise durch unzweideutige Handlungen (L. R. Zus. 1108 b., L. R. S. 1273) Statt gefunden habe, ob der angebliche Handverkauf nur ein einziger Act mit der Versteigerung, oder ein neuer für sich bestehender Vertrag sei, dieß, und dieß allein, ist die Frage, die bereits in zwei Instanzen gegen Adlerwirth W. entschieden worden ist. Aus L. R. Zus. 1701 b. b. und §. 18 des Gesetzes von 1808 dürfte er wohl eine andere Beantwortung nicht zu erwarten haben. Auch ist nicht gesagt worden, daß der fragliche Handel nur hinsichtlich des Nachgebots ein Handkauf wäre, das Gegentheil hievon wird offenbar einge-

räumt durch die Behauptung, daß das alte Rechtsgeschäft aufgehoben, und an dessen Stelle ein neues gesetzt worden sei.

Daß nicht das Nachgebot, sondern die Versteigerung ratificirt wurde, vermag am eigentlichen Wesen des Rechtsgeschäfts nichts zu ändern, da ja nicht von einer etwa irrthümlichen Benennung unter den Vertragspersonen das Recht eines Dritten abhängig gemacht werden kann. Nur dadurch, daß die Großh. Hofdomänenkammer die zwischen ihr und dem künftigen Strigerer vorbehaltene Ratification nicht ertheilte, wurden neue Unterhandlungen möglich, mit jener Ratificationsversagung war aber gleichzeitig die Versteigerung mit jeder Wirkung aufgehoben. Auf das erfolgte Nachgebot des Handelsmanns B. war eine Aufforderung des Adlerwirths W., ob er in dasselbe eintreten wolle? zwar eine nützliche Vorsicht, aber nach L. R. Zus. 1701 b. b. Abs. 4 keine Nothwendigkeit; denn nur, falls nach den Bedingungen der Versteigerung Adlerwirth W. an sein Gebot selbst alsdann gebunden gewesen wäre, wenn eine neue Versteigerung angeordnet werden wollte, genoß derselbe ein Einstandsrecht. Nachdem Handelsmann B. seinen Zurücktritt erklärt hatte, beschränkte sich das ganze Rechtsgeschäft auf eine Privatunterhandlung und endlichen Vertragsabschluß zwischen zwei Personen; darin aber wird Niemand auch nur scheinbar eine Versteigerung finden können.

Thilo.

II.

Antwort auf die Note der Redaction der Annalen zweiter Jahrgang Nr. 43, Seite 254.

Die Redaction hat dem Großh. Hofgerichte am Unterrhein an dem oben angezeigten Orte den Vorwurf gemacht, es seien in den Entscheidungsgründen von der citirten Gesetzesstelle (nämlich dem Organisationsedicte vom 26 Novbr. 1809, Regbl. Nr. 49 Beil. B. Nr. 18 lit. e.) einige und zwar für die vorliegende Frage sehr erhebliche Worte mit Stillschweigen übergangen. Es habe nämlich allerdings aus obervormundschaftlicher Gewalt auch gegen den Willen der Mehrheit der Gemeinde entschieden werden können, aber nicht von dem Kreisdirectorium, sondern nur von der Centralbehörde. Das heißt mit andern Worten: das Kreisdirectorium hat nicht die Befugniß gehabt, auf Antrag des Gemeinderathes und Bürgerausschusses dem Vogt Frey in Rohrbach eine jährliche Pension aus der Gemeindecasse zu bewilligen, es lag diese Pensionsbewilligung außer dem Geschäftskreise des Kreisdirectoriums, sie ist mithin nichtig. Man betrachte nun unbefangen folgende Verordnungen. Nach dem Organisationsedicte vom 26. Novbr. 1809, Beilage B. Regbl. Nr. 51 Nr. 18 theilen sich die Geschäfte der Stadträthe und Gerichte in solche, welche die Vernehmung der Gemeinde erfordern, und in solche, welche von dem Stadtrath oder Gemeindsgericht allein besorgt werden. Zu erstern gehören . . . . .

1. „die Uebernehmung neuer ständigen Ausgaben auf die Gemeindscasse."

„Ueber alle diese Geschäfte muß nach vernommener Gemeinde an das Amt berichtet werden. Sie sind jedoch nicht nothwendig an die Bewilligung des größern Gemeindstheils gebunden, sondern es kann, jedoch nur von der Centralbehörde, aus obervormundschaftlicher Gewalt, gegen den Willen der Gemeinde entschieden werden."

Wer diese Centralbehörde sei, sagt die Beilage lit. f., Regierungsblatt Nr. 52, Nr. 18, wo es heißt: Das Landesöconomiedepartement besorgt . . . . . .

b. „Die Gemeindsöconomie, insbesondere in den lit. B. Nr. 18 . . . . benannten öconomischen Geschäften."

Durch Verordnung vom 8. Juli 1819 Regbl. Nr. 21 wird die Competenz der Kreisdirectorien erweitert 1) in Beziehung auf die Communhaushaltung: „Alles, was der dem Ministerium des Innern anhängig gewesenen Oeconomiecommission in Gemeindsachen zugewiesen war, geht in den Wirkungskreis der Kreisdirectorien über. Dieselben können, wenn die Gemeinden nach den vorgeschriebenen Formen ihren Wunsch für Veräußerung eines Gemeindeeigenthums, oder für Vertauschung, oder für Vertheilung desselben unter die Gemeindsgenossen, für eine wesentliche Culturveränderung, für die Aufnahme eines Capitals, für die Betretung des Wegs Rechtens, oder für einen Vergleich zu Vermeidung kostspieliger Prozesse, — äußern, definitive Ermächtigung ertheilen."

Eine weitere allerhöchste Verordnung vom 17. Januar 1822 Regbl. Nr. 3 erweitert den Geschäftskreis der Großh. Kreisdirectorien noch mehr.

Ich schließe hiermit und überlasse jedem Leser die Beurtheilung der Note der Redaction und dieser Antwort.

Dr. Uihlein.

III.

Rechtsfall. Ueber Beweiskraft der Privaturkunden und Auslegung der Verträge.

Der Bauer J. G. von L. suchte sein Gut zu verkaufen und, wie gewöhnlich, mischte sich auch hierbei ein Jude, M. H. von N. B., als Unterhändler ein. Beide schlossen folgenden Vertrag schriftlich ab:

„J. G. von L. verbindet sich hiermit, dem M. H. von N. B. einen Nutzen von 20 Carolin, sage 220 fl. (die Summe ist auch noch mit Worten ausgedrückt) zu be-

zahlen, wenn er sein Gut verkaufen wird. Diß bekräftigt die Unterschrift.

L. den 13. Juli 1834.

J. G."

J. G. verkaufte nun selbst sein Gut und der Jude (der, vorübergehend bemerkt, schon zweimal im Correctionshause saß) klagte gegen ihn auf Bezahlung der 220 fl., weil „die ungewisse Thatsache, wovon die Realisirung des gegebenen Versprechens abhängig gemacht war, nun seit längerer Zeit ins Leben gerufen sei und Beklagter sein Gut wirklich verkauft habe."

Beklagter gab die Richtigkeit der Urkunde vom 13. Juli zu, bemerkte aber, daß sie das nicht beweise, was Kläger damit beweisen wolle, denn die Belohnung sei nur versprochen, wenn das Gut durch Vermittlung des Klägers verkauft werde; da dieß aber nicht der Fall sei, so falle auch die Belohnung weg.

In der Replik wurde sich lediglich auf die anerkannte Urkunde berufen und wiederholt gebeten, den Beklagten zur Zahlung anzuhalten, weil die Bedingung, unter welcher die Belohnung versprochen worden, eingetreten, indem das Gut des Beklagten verkauft sei.

Beklagter duplizirte, da Kläger selbst zugegeben, daß er mir keinen Käufer zu meinem Gute gebracht hat, so wäre es unsinnig, wenn er dennoch dem Kläger 220 fl. zahlen würde. Er berief sich außerdem noch auf L. R. S. 1174 und bat um Abweisung des Klägers, was auch vom Amte erkannt wurde aus folgenden

Gründen:

Wenn auch die vom Kläger producirte Urkunde vom Beklagten als richtig anerkannt, mithin nach L. R. S. 1322 vollbeweisend ist, so beweist sie doch weiter nichts, als daß ein Vertrag zwischen ihnen abgeschlossen worden und es kommt noch auf die Auslegung ihrer Uebereinkunft an. Seiner ganzen Fassung nach kann der vorliegende Vertrag kein anderer seyn, als ein Innominatcontract (do ut facias) d. h. ich, G., gebe dir, M. H., 220 fl., wenn du mir zu dem von mir beabsichtigten Gutsverkaufe einen Käufer schaffest, denn ein vernünftiger Grund, warum G. dem M. H. eine so bedeutende Summe geben sollte, wenn er selbst sein Gut verkauft, ist nirgends einzusehen, man müßte denn gerade eine Schenkung annehmen, und dann beweist die Privaturkunde nach dem Landrechte nichts. Der vorliegende Vertrag ist ein belasteter, L. R. S. 1106, Beklagter zahlt, wenn Kläger seiner Seits ihm einen Käufer schafft. Hat er dieß nicht gethan, was in der Replik zugegeben, so hat Beklagter auch nichts zu geben, um so weniger, als die Erfüllung der Bedingung von seiner Willkühr abhieng. L. R. S. 1174. Dieß folgt aus den allgemeinen Regeln über die Auslegung der Verträge, L. R. S. 1156 u. ff., insbesondere L. R. S. 1159, 1162, sodann 1126, 1131, denn wie der Vertrag vom Kläger ausgelegt werden will, beruht er, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, auf einer unrichtigen Ursache und ist daher wirkungslos.

Diesem nach und nach §. 358 der Prozeßordnung war Kläger abzuweisen und als unterliegender Theil nach §. 169 in die Kosten zu verurtheilen.

Wg.

IV.

Rechtsfall aus dem Wechselrecht über den Verlust der Wechselgewährleistungsklage des Wechselinhabers gegen seine Giranten, dargestellt in einem Urtheile mit Entscheidungsgründen.

Kläger hatte einen Wechsel indossirt erhalten, und da derselbe am Verfalltag nicht bezahlt wurde, so stellte er die Regreßklage gegen seinen Vormann im Indossament an. In erster Instanz wurde diese Klage zugelassen, in zweiter Instanz dahier aber die Klage abgewiesen, mit den

Entscheidungsgründen:

Karl Bischoff in Augsburg hat im November v. J. auf die Gebrüder Meier in Frankfurt a. M. für die Ordre des J. F. H. Kramer in Nürnberg einen præcise Solawechsel von 1650 fl. gezogen, welcher durch mehrfache Giro vom Beklagten auf den Kläger gekommen ist. Der Originalwechsel ward an das Haus W. Mumm in Frankfurt a. M. zur Deposition abgesendet, und die Copie des Wechsels in Umlauf gesetzt, am Verfalltag, am 20. März d. J., war aber die Copie (auf welcher die Indossamente befindlich waren) in Verstoß gerathen, und das Haus Gebhard und Hauk in Frankfurt, welches das Original des Wechsels unterdessen erhalten hatte, ohne daß ersichtlich wäre, wie dieses geschah, hat nun den Originalwechsel, jedoch ohne die mit den Indossamenten versehene Copie, am Verfalltag zur Zahlung präsentirt, und den Wechsel bei Verweigerung der Zahlung Mangels Zahlung protestirt. Indem deßhalb Kläger die Wechselgewährleistungsklage gegen den Beklagten als seinen Vormann im Giro anstellt, entgegnet ihm dieser, er habe durch seine Versehen und Versäumnisse bei der Präsentation und Protestation des Wechsels seine Klage auf Gewährleistung gegen die Giranten verloren.

Was nun die zuerst zu entscheidende Frage über die hier zur Anwendung kommenden Gesetze anlangt, so ist die allgemeinste Regel die, daß jeder Vertrag, also auch der Wechselvertrag, zufolge des bekannten Rechtssprichworts: locus regit actum — nach den Gesetzen jenes Orts beurtheilt werden muß, wo er zu Stande kam. Allein es kann dieses nur bei den Fragen geltend gemacht werden, welche darüber

ergehen, ob der Wechsel als solcher gültig entstanden ist, dieses ist aber hier nicht die Frage, sondern nur das ist im Streit, ob bei und zu der Zahlung des Wechsels der Kläger die ordnungsmäßigen Schritte gethan hat, und diese Frage muß schon nach gemeinem Recht: contraxisse unus quisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. L. 21 d. de oblig. et act. und nach der Natur der Sache gemäß den Gesetzen des Zahlungsorts entschieden werden, also nach Frankfurter Wechselrecht, indem dorthin der Wechsel zur Zahlung gezogen wurde. Wäre hierüber noch ein Zweifel, so würde jedenfalls die alsdann Maß und Ziel gebende Augsburger Wechselordnung zur Entscheidung eintreten, und diese schreibt im Cap. V. §. 7 vor, daß bei unbezahlten Wechselbriefen die Ordnung und Vorschrift jenes Orts, wo der Wechsel zahlbar ist, als auf welche Ortsgesetze und Gewohnheiten es fürnehmlich ankommt, zu observiren seien. Es muß sonach der Rechtsstreit nach Frankfurter Wechselrecht entschieden werden, und das badische Wechselrecht kann um so weniger zur Entscheidung angezogen werden, als über das allein hierlands zu Stande gekommene besondere Rechtsgeschäft des Indossaments des Wechsels vom Beklagten auf den Kläger kein Streit besteht.

Die Wechselgewährleistungsklage gegen den Vormann im Giro ist nach der Augsburger, nach der Frankfurter Wechselordnung, und überhaupt nach allen Wechselgesetzen an die Beobachtung gewisser gesetzlichen Bestimmungen gebunden, die Einhaltung derselben gehört also zur Begründung der Klage, und solche Begründung muß der Kläger in der hierlands angestellten, also nach inländischen Prozeßgesetzen zu richtenden Klage zufolge des §. 726, 741 der Prozeßordnung alsbald darthun. Der fragliche Wechsel ist nun dem Trassaten nicht zur Annahme präsentirt worden, allein dieses ist bei ihm als einem præcise Wechsel mit bestimmtem Verfalltag ohne Sicht und Uso nach allgemeinem Wechselrecht und nach der Frankfurter Wechselordnung nicht nöthig gewesen. Dagegen waren auf dem Wechsel zwei Nothadressen angezeigt, bei welchen er weder zur Annahme, noch zur Zahlung präsentirt wurde, und gegen welche kein Protest erhoben wurde. Obschon nun dergleichen Nothadressen gerade für den Fall gegeben werden, wo der Trassat nicht acceptirt, oder nicht zahlt, und es also wenigstens üblich und sachdienlich ist, solche Nothadressen zur Acceptation und Zahlung anzugehen, was auch neuere Wechselgesetze nach Ausbildung des Gebrauchs der Nothadressen vorschreiben, so ist weder nach der Augsburger Wechselordnung, Cap. VI. §. 1, noch nach der Frankfurter, §. 15, dieses bei Verlust der Regreßklage gesetzlich bestimmt, insbesondere bindet die letztere an die Unterlassung des Protests bei den Nothadressen nur den Verlust der Retourspesen, und wo ein Gesetz an die Unterlassung irgend einer facultativen oder nothwendigen Vorschrift eine bestimmte Folge geknüpft hat, darf der Richter eine andere, zumal eine schwerere, hier den Verlust der Regreßklage selbst, nicht hineintragen. Aus dieser Versäumniß kann also Kläger mit seiner Wechselgewährleistungsklage nicht abgewiesen werden.

Daß aber die Identität des von Gebhard und Hauf protestirten Wechsels mit dem vom Beklagten auf den Kläger indossirten Wechsel nicht dargethan wäre, ist eine vom Beklagten, Appellanten, erst in der mündlichen Rechtsausführung vorgebrachte Behauptung, und darf also nicht berücksichtigt werden. Sie ist überdieß auch unbegründet, denn es ist nicht zu bezweifeln, daß Gebhard und Hauf wirklich den Originalwechsel protestiren ließen, welcher alsbald bei seiner Ausstellung an W. Mumm et Comp. zur Deposition versendet wurde. Ohnedieß hat auch Beklagter in erster Instanz die Richtigkeit des vorgelegten Wechsels anerkannt.

Daß sodann in dem erhobenen Protest die Gründe der Weigerung der Zahlung von Seite des Trassaten nicht angeführt sind, ist zwar factisch richtig, allein nach dem Frankfurter Wechselrecht, §. 18, sind nur bei dem Protest Mangel Annahme die Gründe der Nichtannahme im Protest aufzunehmen, und da hier im vorliegenden Fall eine Präsentation zur Annahme, folgeweise ein Protest deßhalb nicht nöthig war, so kann man den nur wegen Mangel Zahlung aufgenommenen Protest keineswegs wegen nicht geschehener Anführung der Gründe der Nichtzahlung für ungültig erklären. Man darf, wie gesagt, zum Verlust der Wechselregreßklage des nicht bezahlten Inhabers nicht mehr in das Gesetz hineintragen, als darin deßhalb schon vorgeschrieben ist.

Es wird endlich dem Kläger entgegen gehalten, daß nicht nachgewiesen seie, wann und ob mit dem ersten Posttag von dem Protest an den Vormann Nachricht ertheilt worden seie, und es ist richtig, daß Kläger darüber in seiner Klage nichts vorgebracht und durch gehörige Beweisantretung nichts dargethan hat. Diese Modification des Protests ist aber die letzte Formpflicht des Wechselinhabers zur Wahrung seiner Regreßklage, gehört also zur Klagbegründung, und Kläger steht in dieser Beziehung, daß er den Protest dem Beklagten zur gehörigen Zeit modificirt habe, um so mehr als beweislos da, als der erst in der Replik dem Beklagten deßhalb zugeschobene Haupteid verspätet, sodann nicht in vollständiger Formel mit bestimmter Angabe des Tags der Modification des Protests abgefaßt ist, überdieß der Specialvollmacht des Klägers selbst entbehrt, und in zweiter Instanz vom Kläger, Appellaten, seiner nicht weiter erwähnt wird. Zudem geht aus den andern vom Kläger vorgelegten Urkunden hervor, daß er dem Beklagten weder am ersten, noch am zweiten Posttag vom Protest des Wechsels an die Modification davon

ertheil hat, und eben so wenig den Protest mit dem Wechsel zurückgesendet hat, denn da die in Verstoß gerathene Copie des Wechsels erst am 27. März von der Post in Frankfurt an Goutard et Comp. ausgefolgt, letztern auch erst am 29. März der Originalwechsel von Gebhard und Hauk übergeben wurde, Gebhard und Hauk aber bei Erhebung des Protests von den Indossataren des Wechsels wegen Mangels der Indossamente, welche auf der in Verstoß gerathenen, und erst am 27. März wieder beigebrachten Copie des Wechsels befindlich waren, nichts wußten, so konnten sie vor Beibringung der Copie und vor Erhebung des Originalwechsels mit dem Protest von diesem dem den Originalwechsel erhebenden Haus Goutard et Comp. keine Nachricht, und diese Letztern wieder auch dem Kläger keine Modification geben, so daß also, wie auch aus der Klage sich ergiebt, der Kläger dem Beklagten erst dann die Modification vom Protest gemacht hat, als er die Wechselcopie, das Original und den Protest von Goutard et Comp. empfieng. Dieß geschah nach dem Postenlauf von Frankfurt nach Karlsruhe höchstens den 30. März, und vor dem 31. März wird der Kläger und kann der Kläger nach den vorgelegten Urkunden dem Beklagten keine Nachricht von dem am 20. März aufgenommenen Protest ertheilt haben. Nach §. 27, 28 der Frankfurter Wechselordnung ist es aber eine ganz bestimmte Vorschrift, daß, wenn von der verweigerten Annahme oder Zahlung des Wechsels mit der ersten oder nächstfolgenden Post dem vorstehenden Giranten keine Nachricht ertheilt, noch der Protest eingesendet wird, der Girant nicht weiter gehalten ist, darüber Rede und Antwort zu stehen, sondern der Regreß verloren geht, und der Inhaber sich nur noch an den Trassanten halten kann. Ganz das Gleiche ist in der Augsburger Wechselordnung, Cap. V. §. 2, und beinahe in allen Wechselgesetzen mit mehr oder minder großer Frist vorgeschrieben. Der Kläger hat aber dem Beklagten vom Protest des Wechsels wegen verweigerter Zahlung mit der ersten oder zweiten Post vom 20. März an keine Nachricht ertheilt, Beklagter hat es gerügt, und so ist bei der Beweislosigkeit des Klägers in dieser Beziehung seine Regreßklage zu verwerfen.

Der Kläger kann sich hierbei nicht damit vertheidigen, daß er sagt: da die mit den Indossamenten versehene Wechselcopie in Verstoß gerathen gewesen seie, so habe der den Protest erhebende Depositar des Originalwechsels gar nicht gewußt, wer Indossatar und letzter Inhaber des Wechsels seie, es habe also ihm, dem Kläger selbst, keine Nachricht ertheilt, folgeweise auch von ihm keine Modification vom Protest weiter an den Beklagten als seinen Vormann im Giro gegeben werden können. Vorerst ist zwar nach §. 40 der Frankfurter Wechselordnung anzunehmen, das Gebhard und Hauk als Inhaber des Wechseloriginals, wenn schon nur als dessen Depositäre, berechtigt waren, den Wechsel zu präsentiren, und auf Verweigerung der Zahlung zu protestiren, allein alsdann sind sie als die Geschäftsführer des Klägers aufgetreten, haben als solche gehandelt, und haben sie dabei etwas versehen, so kann Kläger etwa gegen sie auf Schadloshaltung klagen, er kann aber das Versehen gegen den vor ihm stehenden Indossatar nicht zudecken, denn dieser betrachtet den Geschäftsführer als die Person des Geschäftsherrn, und des Erstern Versehen liegen alsdann dem Letztern zu Last. Will man aber Gebhard und Hauk nicht als Geschäftsführer des Klägers betrachten, ihnen also auch eine Verbindlichkeit der Nachrichtertheilung vom Protest an die betreffenden Vormänner im Indossament nicht zumuthen, so sind sie alsdann nothwendigerweise solche dritte Personen, welche auch nicht befugt waren, den Wechsel zu präsentiren und zu protestiren, und die Regreßklage verfällt alsdann nicht wegen versäumter rechtzeitiger Nachricht vom Protest, sondern deßhalb, weil der Wechsel am Verfalltag nicht als protestirt betrachtet werden kann. Daß aber die protesterhebenden Gebhard und Hauk durch eine höhere Gewalt, durch einen nicht zu vermeidenden Zufall wegen Nichtbesitzes der mit den Originalindossamenten versehenen Wechselcopie an der rechtzeitigen Nachrichtsertheilung vom Protest verhindert worden wären, und also auch Kläger dafür unverantwortlich wäre, ist nicht anzunehmen. Es ist überhaupt eine im Wechselrecht sehr bestrittene Frage, ob Zufälle oder höhere Gewalt dem Wechselinhaber zur Last bleiben oder nicht, aber das ist überall unbestritten, daß dergleichen Zufälle unabwendbare, unvorhergesehene und insbesondere vom Wechselinhaber unverschuldete seyn müssen. Hier nun ist der Zufall, daß nämlich die Wechselcopie am Verfalltag in Verstoß gerathen, also der Wechselinhaber selbst unbekannt war, daraus entstanden, daß auf dem Brief, welcher dem Kläger mit der Wechselcopie nach Frankfurt geschickt wurde, die Adresse so undeutlich geschrieben war, daß er anstatt in den englischen Hof, wo Kläger abgestiegen ist, in den Augsburger Hof gebracht wurde, und dorten bis zum 27. März liegen blieb. Diese Adresse rührte aber von der Ehefrau des Klägers her, und die aus ihrer Undeutlichkeit entspringende Folge fällt ihm also als selbst verschuldet zu Last. Ueberdieß hätte er aus seiner für sich nach Gebrauch des vorsichtigen Handelsmanns gefertigten Copie des Wechsels den Verfalltag desselben kennen sollen, er hätte wissen müssen, wo das Original des Wechsels deponirt liegt, er hätte solches erheben und selbst den Protest einlegen können, denn er war damals in Frankfurt. Er hätte den Verlust der im Umlauf befindlichen Wechselcopie mit den darauf gesetzten Indossamenten alsbald nach §. 45 der Frankfurter Wechselordnung vor Gericht anzeigen, das Weitere vorkehren, seinen Vormann, den Beklagten, der ihm

doch bekannt seyn mußte, alsbald von Allem, vom Verstoß des Wechsels, von der verweigerten Zahlung desselben, vom Protest in Kenntniß setzen sollen und können. Allein er hat von allem diesem nichts gethan, er hat abgewartet, bis ihm das Original des Wechsels mit dem Protest zugesendet wurde, und kann daher nicht behaupten, daß ein unabwendbarer, unverschuldeter Zufall ihn an der Erfüllung jener Förmlichkeiten und Pflichten gehindert habe, welche die Gesetze zur Begründung der Wechselregreßklage fordern, und welche nach der Natur des Wechsels strenge eingehalten werden müssen.

Die angestellte Wechselregreßklage ist und bleibt unbegründet, und Kläger hat die Kosten derselben in beiden Instanzen zu tragen.

Außer diesen Entscheidungsgründen kam noch ein weiterer in Antrag, der aber nicht adoptirt wurde.

Nach §. 40 der Frankfurter Wechselordnung wird zwar dem Wechselinhaber unbedingt das Recht zur Präsentation und Erhebung des Wechsels ertheilt, jedoch für den hier vorliegenden Fall, wo der Inhaber sich durch Indossamente nicht zur wirklichen Erhebung des Wechsels legitimiren kann, dem Trassaten das Recht ertheilt, die wirkliche Zahlung zu weigern. Es kann an ihn nur die Deposition des Wechselbetrags, oder die Zahlung gegen Anerbieten einer Caution verlangt werden. Hier nun wurde nur unbedingte Zahlung verlangt, und bei deren Weigerung der unbedingte Protest Mangels Zahlung erhoben. Da aber der Protest überhaupt das Beweismittel ist, daß die bei dem Wechselgeschäft vorkommenden Personen die ihnen jeweils aufliegenden Pflichten erfüllt und ihre zustehenden Rechte ausgeübt haben, so wurde argumentirt: da hier der den Protest einlegende Depositar des Wechsels bei Mangel des Nachweises seiner Legitimation unbedingte Zahlung nicht verlangen konnte, so konnte er auch deßhalb nicht unbedingten Protest wegen Mangels Zahlung einlegen. Er konnte nur Deposition der Wechselsumme, oder Zahlung gegen Caution verlangen, und auch nur dann, und darüber protestiren, wenn beides verweigert wurde. Da nun ein solcher Protest hier nicht erhoben worden ist, der erhobene aber wegen unbedingter Zahlungsanforderung und Weigerung nicht in den Rechten des zur Zahlungserhebung nicht legitimirten Wechseldepositars lag, so kann der erhobene Protest nicht als ein ordnungsmäßiger betrachtet werden, und sonach ist die Regreßklage deßhalb unzuläßig, weil kein Protest nach Vorschrift des Gesetzes erhoben wurde.

Sander.

V.

Ein Beitrag zu der Lehre von den unbedingten Befehlen.

Leiningen gegen Kapf.

Um einen unbedingten Befehl zu erwirken, legte das fürstl. Leiningen'sche Rentamt Borberg bei dem dortigen Untergerichte im August 1833 den Extract eines amtlichen Protokolls vom 13. Februar 1827 vor, inhaltlich dessen die Kapfschen Eheleute erklärt haben, daß sie von der fürstl. Standesherrschaft die Schillingstädter Schäferei um ein jährliches Bestandgeld von 539 fl. auf 9 Jahre in Pacht genommen und sich verbindlich gemacht hätten, der Pachtherrschaft zur Sicherheit ein unbeschränktes Eigenthumsrecht auf ihr sämmtliches Schafvieh, so wie auf die Wolle und Pferchfrüchte, wie hiermit geschehe, zu bestellen. Zugleich verzichtete die Frau auf ihr Vorzugsrecht und bat um Ermächtigung zur Uebernahme der Sammtverbindlichkeit, die ihr in continenti ertheilt ward.

Auf den Grund dieser Urkunde stellte das Rentamt die Bitte: den säumigen Beständer zur Zahlung des um Michaeli 1832 verfallenen Pachtzinses durch unbedingten Befehl nach §. 704 der Pr.O. alsbald unter Androhung der Hülfsvollstreckung anzuhalten, mit etwaigen nicht liquiden Einreden aber nach §. 707 lediglich zum besonderen Rechts-Austrag zu verweisen.

Das Amt erließ sofort unterm 13. August 1833 einen unbedingten Befehl, unter Anberaumung einer Zahlungsfrist von 14 Tagen — wogegen der Beklagte 6 Tage später einwendend vortrug: Das Protokoll vom 13. Februar 1827 enthalte durchaus weiter nichts, als daß er mit seiner Ehefrau Sicherheit für die jährliche Pachtzahlung geleistet habe; es enthalte aber kein Wort davon, und es liege auch kein weiterer Beweis darüber vor, daß er das eingeklagte Pachtgeld für das Jahr 1832 in seinem vollen Betrage auch wirklich schuldig wäre. Aber gerade diese klägerischer Seits beweislos angegebene Thatsache sei es, welche er in Abrede stellen müsse. Wenn nun nach §. 702 der Pr.O. zur Begründung der Bitte um unbedingten Befehl die Verpflichtung des Gegners in allen Beziehungen außer Zweifel gesetzt werden müsse, so sei es in concreto offenbar, daß dieser Vorschrift nicht genügt worden sei.

Mit Bezug auf §. 703 der Pr.O. bat der Beklagte, die Klage unbedingt oder angebrachtermaßen zu verwerfen.

Das Untergericht bestätigte jedoch durch Beschluß vom 19. August den erlassenen Befehl und verfügte auf Anrufen des klagenden Theils am 3. September die Hülfsvollstreckung gegen den Beklagten, obgleich er die Appellation bereits angemeldet und um Einhalt gebeten hatte.

In Folge der eingewandten Berufung erkannte aber das unterrheinische Hofgericht durch Urtheil vom 8. Oktober 1833 abändernd zu Recht:

„Daß die amtlichen Verfügungen aufzuheben und dem klagenden Rentamte zu überlassen sei, entweder einen bedingten Zahlungsbefehl nachzusuchen oder aber sogleich förmliche Klage bei dem Untergerichte zu erheben.“

Entscheidungsgründe.

Nach Ansicht der Urkunde vom 12. Febr. 1827, die Cautionsleistung des Bestandschäfers Adam Kapf zu Schillingstadt an das fürstl. Rentamt Borberg betreffend;

In Erwägung

daß diese Urkunde keine Urschrift, sondern ein bloßer Extract eines Borberger Amtsprotokolls ist;

In Erwägung,

daß dieses Protokoll auch nicht fehlerfrei genannt werden kann, da es weder die Präsenz eines Beamten noch die Beglaubigung durch einen verpflichteten Actuar enthält;

In Erwägung,

daß es demnach schon in formeller Hinsicht an den wesentlichen Erfordernissen des §. 702 der Pr.O. gebricht;

In Erwägung,

daß auch die vorgelegte Urkunde ihrem Inhalte nach nicht geeignet ist, den Antrag auf einen unbedingten Befehl zu begründen,

1) weil sie bloß den Zweck hat, für die künftig verfallende jährliche Pachtschuldigkeit dem f. l. Rentamte Borberg Sicherheit zu bestellen;

2) weil sie nicht besagt, daß sich der Beklagte noch jetzt im ungestörten ruhigen Genuß der Bestandssache befindet, oder die in der Urkunde aufgezählte Pachtschuldigkeit pro 1832 anerkennt, sohin die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Pachtzinses nicht außer Zweifel setzt;

In Erwägung,

daß demzufolge die amtlichen Verfügungen vom 13. und 19. August, dann vom 3. Sept. l. J. nicht zu Recht bestehen können; nach Ansicht der §§. 703 und 718 der Pr.O.

A. d. Gr. rc. rc.

Mit der hofgerichtlichen Entscheidung nicht zufrieden, betrat das klagende Rentamt die dritte Instanz, in welcher unterm 5. November 1834 ein confirmatorisches Urtheil ergieng.

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des §. 702 der Pr.O., welcher einen Antrag auf unbedingte Befehle nur dann zuläßt, wenn der Kläger alle Thatsachen, welche seiner auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten gerichteten Klage zum Grunde liegen, und die Verpflichtungen des Gegners in allen Beziehungen außer Zweifel setzen, sofort in fehlerfreien, in Urschrift beigebrachten öffentlichen Urkunden zu erweisen vermag, — und

In Erwägung,

1) daß ein Rechtsverhältniß welches einer Klage auf ein unbedingtes Mandat zum Grunde liegt, sich nur dadurch außer Zweifel setzen läßt, wenn die Urkunde, welche zum Beweise dieses Rechtsverhältnisses aufgenommen wurde, nach ihrem ganzen Inhalte und zwar als eine öffentliche und in Urschrift vorgelegt wird — nicht aber durch die Vorlage eines Protokolls über eine blos accessorische Verpflichtung, worin der Hauptverbindlichkeit nur zur Erläuterung erwähnt wurde;

In Erwägung,

2) daß nur solche Urkunden als Urschriften angesehen werden können, welche die Entstehung und den Umfang von Rechtsgeschäften durch die eigenhändige Unterschrift der Contrahenten bezeugen;

In Betracht,

3) daß die Erfordernisse des Mandatsprocesses, weil dieser eine Ausnahme von dem ordentlichen Gerichtsverfahren enthält, streng und wörtlich zu nehmen sind;

In Erwägung,

4) daß diesemnach ein, sei es auch von einer öffentlichen Stelle gefertigter, bloßer Auszug aus dem betreffenden Originalprotokolle — weil dieser nicht die von den Contrahenten selbst unterzeichnete Urschrift ist — zum Beweise der Mandatsklage nicht genügt;

Nach Ansicht

5) der L. R. S. 1334 und 1335 Nr. 3, nach welchen Abschriften, so lange die Urschrift noch vorhanden ist, nicht beweisen und Abschriften, die von dem Aufsatz einer öffentlichen Urkunde durch den Staatsschreiber oder dessen Amtsnachfolger gefertigt sind, nur dann beweisen, wenn die Urschrift verloren ist;

Nach Ansicht

6) des Protokollauszugs vom 13. Febr. 1827 und in Erwägung, daß solcher nichts anders als eine von demjenigen Beamten, welcher die Urschrift verfaßte, unterzeichnete Abschrift ist;

In Betracht,

7) daß das obengedachte Protokoll, wovon ein Auszug zum Beweise der Mandatsklage vorgelegt wurde, auch keineswegs zum Beweise des ursprünglichen Pachtvertrags, sondern lediglich zur Sicherung der aus dem bereits vorhergegangenen Vertrage entstandenen Verbindlichkeiten aufgenommen und dieser Verbindlichkeiten darin nur erläuterungsweise gedacht ist — somit solches höchstens als eine Anerkennungs-Urkunde, welche den vollständigen Inhalt des eigentlichen Vertrags nicht enthält, folglich nach L. R. S. 1337 von der Vorlegung der ursprünglichen Rechtsurkunde nicht befreit, angesehen werden könnte;

In Erwägung,

8) daß diesemnach der Grund der Mandatsklage in der Art, wie die Proceß-Ordnung vorschreibt, nicht erwiesen ist rc. rc.

Bayer.

VI.

Oberhofgericht.

Marklosung gegen eine öffentliche Liegenschaftsversteigerung.

Raffal gegen Werner.

Die Anfrage in Nr. 40 (zweiter Jahrg.) dieser Blätter enthält das Thatsächliche des rubricirten Rechtsstreits, welchen der oberste Gerichtshof durch Urtheil vom 6. Novbr. d. J. dahin abändernd entschieden hat:

„daß die vom Kläger in Anspruch genommene Marklosung rechtlich nicht begründet, derselbe daher, unter Verfällung in die Kosten aller drei Instanzen, mit der angestellten Klage abzuweisen sei.“

Entscheidungsgründe:

In Erwägung,

1) daß nach dem §. XVIII. des ersten Einführungsedicts zum Landrechte die Losungsordnung vom 3. Mai 1808 bei Kraft bleibe und als Erläuterungsquelle der Sätze 1701 a. a. bis a. n. des Landrechts überall dienen soll, wo jene Ordnung nicht buchstäblich geändert ist;

2) daß die Losung nur bei einem Handkaufe Statt findet, wofür jedoch in dieser Beziehung auch eine geschlossene, d. h. eine solche Versteigerung gilt, die allein unter gewissen besonders eingeladenen Personen vorgeht, während sie bei einem Kaufe durch obrigkeitliche oder öffentliche Versteigerung unzuläßig ist, L. R. S. 1701 a. c. und §. 10 b. der Losungsordnung;

3) daß für solche öffentliche Versteigerungen, wodurch das Losungsrecht ausgeschlossen wird, durch die Verordnung vom 4. Juli 1817, Regbl. Nr. XVII. auch jene erklärt sind, welche von staatswirthschaftlichen Behörden vorgenommen werden;

4) daß diese von dem Großh. Justizministerium verkündete Verordnung den Richter darum unzweifelhaft bindet, weil sie vor dem Daseyn der Verfassungsurkunde erlassen, im Gesetzesblatt und zwar ausdrücklich „zur allgemeinen Nachachtung,“ mithin als allgemein bindende Vorschrift mit stillschweigender Genehmigung des Regenten und Gesetzgebers selbst ergangen ist;

5) daß auch der in lit. c. des §. 17 der alten Losungsordnung aufgestellte Grundsatz, wornach

„im Zweifel gegen die Losung zu sprechen und jede in Frage stehende Gesetzesstelle im buchstäblichen, mithin engsten Sinn zu nehmen ist,“

durch das Landrecht keine Aenderung erlitten hat;

6) daß anerkannt die zwei Rebgüter im Wiedergrün einer vorschriftsmäßig eingeleiteten öffentlichen Versteigerung im Gemarkungsorte ausgesetzt waren und daß dabei der beklagte Adlerwirth W. das höchste Gebot mit 9000 fl. hatte;

7) daß zwar ein endgültiger Zuschlag um diesen Preis von Seiten der Finanzbehörde anerkannt nicht eröffnet worden ist, auch daß der auf das Nachgebot des Handelsmanns B. angeordnete, außerhalb des Gemarkungsorts Durbach vorgenommene weitere Act, wozu nur B. und der beklagte W. eingeladen wurden, einzeln betrachtet, als ein öffentlicher im Sinne des §. 10 b. der Losungsordnung nicht gelten könne;

8) daß aber eben so gewiß diese zweite Handlung kein für sich bestehendes Kaufsgeschäft darstellt; indem dabei weder Gegenstand, noch Bedingungen, noch Zieler bestimmt wurden, sondern alles dieses so blieb, wie es in der Versteigerung vom 6. Septbr. 1833 zum Grund gelegt worden war, folglich die Handlung vom 24. desselben Monats, auf den ersten und öffentlichen Versteigerungsact vom 6. Septbr. gebaut, in Wahrheit nichts anders als die Ergänzung und Vollendung desselben ist, was um so zweifelloser erscheint, da der verkaufende Großh. Domänenfiscus den endgültigen Zuschlag der Rebgüter an den Beklagten, um die Nachgebotssumme von 9350 fl. hauptsächlich in Rücksicht des demselben zustehenden Einstandsrechts und somit in Folge einer ihm nur als Steigerer zukommenden Eigenschaft ertheilt hat;

9) daß hiernach das Ganze in der That die Eigenschaft eines öffentlichen Verkaufs an sich trägt, alsdann aber einem Dritten, zum Zwecke der Loosung, kein Recht aus dem Umstande erwachsen mag, daß Anfang und Ende dieses Ganzen nicht in eine und dieselbe Tagfahrt fielen;

10) daß, wenn über die rechtliche Einheit des Actes vom 24. mit der öffentlichen Versteigerungshandlung vom 6. Sept., und daher über die Frage: ob das Rechtsgeschäft, wodurch der Beklagte die Rebgüter im Wiedergrün erwarb, ein öffentlicher oder ein Handkauf sei? gleichwohl einiger Zweifel übrig bleiben sollte, in Gemäßheit des allgemeinen Grundsatzes, so wie der oben unter Nr. 5 gedachten vom Gesetze laut ausgesprochenen Ungunst gegen das Institut der Losung, zum Vortheile des Beklagten entschieden werden müßte;

A. d. Gr. 2c. 2c. Bayer.

Ankündigung.

Ich erlaube mir, die verehrlichen Leser der Annalen durch diese Anzeige darauf aufmerksam zu machen, daß mit dem Anfang des kommenden Jahres der dritte Jahrgang dieser Zeitschrift beginnt, und bitte dieselben ergebenst, ihre Bestellungen auf das erste Semester pro 1835 möglichst schnell bei den betreffenden Postämtern oder Buchhandlungen zu machen, damit keine Stockung in der Zusendung eintritt. — Der halbjährige Subscriptionspreis ist bei allen Buchhandlungen wie bisher 2 fl., bei den Postämtern aber 2 fl. 20 kr., indem durch eine Ministerialverfügung die Postspeditionsgebühr, die in diesem Betrag inbegriffen ist, erhöht wurde. Zugleich zeige ich an, daß der Subscriptionspreis von 4 fl. für den zweiten Jahrgang (1834), nebst Titel und Register, mit dem 15. Januar des künftigen Jahres unwiderruflich aufhört und der Ladenpreis von 5 fl. netto eintritt. Wer sich denselben noch zum wohlfeilen Preis anschaffen will, beliebe sich mit seiner Bestellung an mich oder die Groos'schen Buchhandlungen in Heidelberg und Freiburg zu wenden.

Karlsruhe, den 15. December 1834. Ch. Th. Groos.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Zweiter Jahrgang. Nro. 52. Karlsruhe den 27. December 1834.

1.

Prozeßrecht. Rechtsfall über ein die Klage angebrachtermaßen auf gepflogene Verhandlung verwerfendes Erkenntniß und Berufung dagegen.

Auf eine Klage, in welcher der höher gelegene Mattenbesitzer vorbrachte, daß der unten liegende Besitzer sich anmaße, das auf seinem, des Klägers, Eigenthum entspringende Quellwasser auf diesem mittelst Anbringung von Gräben zu holen, und ein Wässerungsdienstbarkeitsrecht auszuüben, und sodann bat, ihn gegen diese Beeinträchtigung seines Eigenthums zu schützen, wurde Ladung erkannt, die Sache petitorisch bis zur Duplic verhandelt, dem Beklagten der Beweis der behaupteten Servitut aufgegeben, solcher auch angetreten und angefochten, hierauf aber von dem Unterrichter das Erkenntniß gegeben: die Klage sei angebrachtermaßen zu verwerfen. Als Entscheidungsgrund wurde angeführt, daß Kläger kein eigentliches Klagbegehren, wie es §. 247 der Prozeßordnung erfordere, gestellt habe, und das Thatsächliche der Klage verworren und undeutlich sich vorgetragen finde. Kläger ergriff dagegen die Berufung und bat um Aufhebung dieses ladungsversagenden Bescheides, da die Verhandlung alles sanirt und zur definitiven Entscheidung vorbereitet habe, und kein Grund mehr zur Ladungsversagung vorhanden gewesen sei, wogegen der appellatische Theil dieß auf gepflogene Verhandlung erfolgte abweisliche Erkenntniß, seines Beisatzes „angebrachtermaßen" ohnerachtet, als ein definitives, den Fond der Sache entscheidendes Urtheil geltend machen wollte, weßhalb dieselbe auch vor dem Oberrichter materiell entschieden, und nicht bloß in Bezug eines nur die Ladung versagenden Beschlusses erledigt werden müsse. Auf weitere über diese Vorfrage gepflogene mündliche Rechtsausführung erkannte das Obergericht: daß der amtliche Bescheid aufzuheben und die Sache zur weitern noch nöthigen Verhandlung und definitiven Entscheidung an den Unterrichter zurückzuweisen sei, unter Wettschlagung der Kosten dieser Instanz, und zwar in Erwägung: daß der Unterrichter die angestellte Klage angebrachtermaßen aus dem einzigen Grunde verworfen hat, weil Kläger nicht nach §. 247 der Prozeßordnung ein eigentliches Klagbegehren gestellt und das Thatsächliche undeutlich vorgetragen habe, daß eine derartige Zurückweisung der Klage ohne Entscheidung in der Hauptsache auf den Grund der Einlassung und Verhandlung unter die ladungsversagenden Decrete gehört, deren die Prozeßordnung von §. 357 bis 361 gedenkt, und gegen welche dann die eigene Berufungsform nach den §§. 1230—1238 Statt findet. In Erwägung, daß hier zwar der besondere Fall eintritt, daß in der Sache förmlich verhandelt, sogar ein Beweisinterlocut erlassen, der Beweis angetreten und angefochten, und sodann dennoch die Klage nur angebrachtermaßen verworfen wurde, daß aber der Natur der Sache nach auf eine gepflogene Verhandlung und erlassenes Interlocut, welches der Richter ohne Erkenntniß der Streitsache doch wohl nicht ertheilen kann, eine Klagzurückweisung, wie solche angebracht worden, völlig ungeeignet und mit der Gestattung einer Verhandlung im Widerspruche ist; indem, wenn an der Klage ein wesentlicher prozessualischer Mangel erscheint, solche sogleich angebrachtermaßen zu verwerfen, oder aber, falls der Fehler nicht unbedingt wesentlich wäre, zu dessen Verbesserung das Angemessene zu verfügen war, hingegen auf eine bereits völlig gepflogene Verhandlung das Erkenntniß, welches die Klage wegen Mangel eines eigentlichen Begehrens und Undeutlichkeit der vorgetragenen Thatsachen verwirft, sich weder mit der Natur der Sache, noch mit unserm Prozeßrecht in Vereinbarung bringen läßt. In Erwägung weiter, daß bei einer solchen Lage des Prozesses, der gepflogenen Verhandlung ohnerachtet, der die Klage verwerfende Bescheid der That nach immer ein Ladung, resp. Entscheidung versagendes Erkenntniß bleibt, weil in der Sache selbst dadurch keine Entscheidung gegeben wurde, und die geflogene Verhandlung zu diesem Decrete sich als nicht vorhanden, als etwas gleichsam außer dem Prozeß Gelegenes darstellt, auch wohl, wenn man die Sache anders ansehen wollte, die Parteien offenbar hinsichtlich deren materiellen Entscheidung um eine Instanz kommen würden, was

als eine Verletzung eines der ersten Prozeßrechte nicht angehen kann, demnach hier die Berufung nach der Form der Appellation gegen ladungsversagende Erkenntnisse zu beurtheilen kommt, wornach, wenn das die Ladung versagende Decret nicht vom Oberrichter bestätigt werden kann, nach §. 1238 der Prozeßordnung die Sache zur Entscheidung wieder an den Unterrichter zurückzuweisen ist. In Erwägung sodann der Frage, ob der Unterrichter im vorliegenden Fall wegen der angegebenen Mängel die Klage habe angebrachtermaßen verwerfen können? daß das Thatsächliche aus der Klage selbst, dem solcher beigelegten Situationsplan und den weiteren Verträgen deutlich dahin zu entnehmen ist, daß Kläger dem Beklagten zwar das Recht zugesteht, seine unten gelegene Matte aus dem Grenzscheidgraben bewässern zu dürfen, dagegen es nicht leiden will, daß Beklagter das Wasser mittelst Anlagen auf der klägerischen Matte sich hole und aus der Quelle auf sein Eigenthum ableite, daß zwar Kläger sohin ein förmliches Petitum nicht gestellt hat, derselbe jedoch über die Art und Weise, wie Beklagter sich das Wasser von und über sein Eigenthum zuleiten wolle, eine bestimmte Beschwerde aufstellte, und im Gesuch um deren Abhülfe das Klagbegehren deutlich im Gegensatz der Beschwerde liegt, der Unterrichter davon auch eine klare Vorstellung gehabt haben muß, weil er sein Beweisinterlocut wirklich auf dasjenige gerichtet hat, auf was es zu richten war, er diesemnach die Klage für begründet ansah, und in Bezug auf das, was ihm etwa noch mangelhaft erschien, von ihm prozeßleitungsweise die Ergänzung hätte herbeigeführt werden sollen, er daher den Kläger durch sein Erkenntniß beschwert hat, und richterlich verbunden ist, in der Sache nach vervollständigter Verhandlung endgültig zu entscheiden. In Erwägung endlich, daß die Berufung einzig im mißleiteten Verfahren ihren Grund hat, und auf appellatischen Theil die Folgen hievon allein nicht wohl fallen können, sondern solche nach dem Gange, den der Prozeß genommen hat, beide Theile treffen, demnach wettgeschlagen werden müssen.

Merk.

II.

Hofgericht am Oberrhein.

Rechtsfall. Ist ein zum Kriegsdienst berufener Conscriptionspflichtiger berechtigt, von seinem Vormann in der Ziehungsliste eine Entschädigung aus der Ursache zu fordern, daß er wegen Abwesenheit des Letztern conscribirt wurde?

Jakob Ropper und Franz Michael Walter kamen im Jahre 1809, als eine Ergänzungs-Mannschaft zu den Großherzoglichen Truppen in Spanien ausgehoben wurde, bei demselben Amt in die Conscription. Für Walter war eine geringere Nummer als von Ropper gezogen worden. Jener war abwesend und Ropper sollte nun in den Kriegsdienst eintreten, stellte aber für sich einen Ersatzmann.

Als in neuester Zeit dem, bis jetzt nicht wieder zurückgekommenen und als Schwarzwälder Uhrenhändler in Berlin etablirten Walter eine kleine Erbschaft anfiel, begehrte Ropper dieselbe als theilweise Entschädigung für das von ihm aufgewendete, vorgeblich mehr betragende Einstandscapital. Er stützte im Wesentlichen seine Klage darauf, daß das Ausbleiben Walters bei der Conscription eine unrechte That gewesen, wodurch Ropper beschädigt worden sei, indem er, als nächster Nachmann Walters in der Ziehungsliste, statt dessen, zum Kriegsdienste berufen wurde; daß daher eine Entschädigungsforderung, nach L. R. S. 1832 ff. als begründet erscheine.

Der Unterrichter erkannte am 25. März 1834 nach dem Antrage des Klägers; auf ergriffene Berufung änderte aber das Hofgericht des Oberrheins am 31. Oktober 1834 das amtliche Erkenntniß dahin ab: daß der Kläger abzuweisen sei.

Die hauptsächlichsten Gründe bestehen in Folgendem:

Die Obliegenheit zu Leistung von Kriegsdiensten ist eine auf staatsrechtlicher Grundlage beruhende, rein persönliche Verbindlichkeit, welche auf alle jene (ihrer Standes- oder Familienverhältnisse wegen nicht kraft Gesetzes befreite) Individuen sich erstreckt, die das vorschriftsmäßige Alter zum Eintritt in den Kriegsdienst erreicht haben. — Jeder vom Staate hiezu Berufene erfüllt daher nur seine eigene Verpflichtung gegen den Staat; gleich viel, ob er der Losung nach der Erste gewesen wäre, der bei einem Ueberflusse an Militärpflichtigen einzurücken hätte, oder ob er bei der Losung eine spätere Nummer zog und nur berufen wurde, weil der Inhaber einer früheren Nummer nicht in den Dienst aufgenommen werden konnte; und gleich viel, ob er dann selbst dient, oder einen Ersatzmann für sich einstellt.

Diejenigen, welche zum Dienste berufen wurden, aber wegen Abwesenheit nicht eintraten, werden deßhalb nur dem Staate wegen Nichterfüllung der nur ihm gegenüber vorhandenen Verpflichtung verantwortlich. — Der Staat hat auch demgemäß, nach der Gesetzgebung, welche zur Zeit bestand, als Walter in den Kriegsdienst eintreten sollte, und welche daher hier ausschließlich berücksichtigt werden muß, insbesondere in dem Edikte vom 29. Sept. 1808 (Regsbl. XXXI.) sich vorbehalten, den zur Conscription Berufenen, aber nicht Erschienenen, wenn er später sich einfinden sollte, noch nachträglich zur Erfüllung seiner persönlichen Dienstpflicht anzuhalten, und überdieß dessen bereits angefallenes oder erst später durch Erbschaft anfallendes Vermögen zur Kriegskasse einzuziehen. Auf dieses letz-

tere Recht wurd durch das Edikt vom 14. März 1809 (Regbl. XII.) nur theilweise und zwar zu Gunsten der Gemeinden, nicht aber zu Gunsten anderer Conscriptionspflichtigen verzichtet. — Aus diesen Bestimmungen erhellt also deutlich die Absicht des Gesetzgebers, daß dem eintretenden Nachmann kein Anspruch auf das Vermögen seines, nicht zur Conscription erschienenen Vormanns eingeräumt werden sollte; indem Ersterem, bei strengem Vollzuge der fraglichen Gesetze, nicht einmal ein Executions-Object für die Entschädigungsforderung — dem Abwesenden gegenüber — verblieben wäre.

Der Stand der Sache kann sich dadurch nicht ändern, daß etwa eine spätere, mildere Gesetzgebung jenes Confiskationsrecht beschränkt, oder daß bei einem Erbanfalle für den Abwesenden der Staat oder die Gemeindskasse von dem, ihnen aus der früheren Gesetzgebung erworbenen Ansprüche keinen Gebrauch gemacht haben, weil durch einen solchen Act der Gesetzgebung oder durch die unterlassene Rechtsverfolgung eines Berechtigten dem Nachmanne nicht erst stillschweigend ein Recht erwachsen kann, welches ihm zur Zeit des Diensteintritts an den, durch den Erbanfall erst zu Vermögen gelangten, Conscriptionspflichtigen noch nicht zustand *).

Kirn.

III.

Hofgericht am Oberrhein.

Rechtsfall. Betreffend: den Anspruch an den Zehntherrn zum Kostenbeitrag bei Erbauung einer Pfarrkirche in einem Orte, in welchem noch nie eine solche vorhanden war.

Kadelburg (Amts Waldshut) ist von Protestanten und Katholiken bewohnt. Aber erst im Jahre 1812 wurde eine katholische Pfarrei und dann später, zufolge höchster Entschließung vom 28. Juni 1832 (Regier.-Blatt Nr. XLVI) auch für die, vorher in Zurzach eingepfarrten, protestantischen Einwohner eine Pfarrei in Kadelburg gegründet. Eine protestantische Kirche war bis dahin noch nicht vorhanden gewesen. Die neue protestantische Kirchengemeinde erbaute eine Kirche, wobei sie durch verschiedene milde Beiträge unterstützt wurde. Letztere reichten jedoch zu Bestreitung sämmtlicher Baukosten nicht hin. Es sollen noch 2607 fl. 48 kr. daran gefehlt haben. — Diese Summe forderte nun die gedachte Kirchengemeinde an das Chorstift in Zurzach, welches anerkanntermaßen den Zehnten in der Gemarkung von Kadelburg zu beziehen hat.

Zu Begründung der Klage wurde angeführt:

Das Kirchenbauedikt vom 26. April 1808 erkläre in §. 7 den Zehntherrn zu Tragung der Baukosten einer Kirche für schuldig, wenn, wie hier, keine Bauschaffneien und Heiligenfonds vorhanden seien. Diese Bestimmung finde, nach §. 17 desselben Edikts, auch dann ihre Anwendung, wenn in einem Orte, wo vorhin keine Kirche war, eine Hauptkirche neu errichtet werde, und diese Errichtung durch eine unvermeidliche Nothwendigkeit herbeigeführt worden sei.

Daß diese Nothwendigkeit in Bezug auf die Klägerin wirklich vorhanden war, wurde dann ausführlich deducirt und darauf die Bitte gestützt, das Chorstift Zurzach, als Zehntherrn in Kadelburg, zu Bezahlung obiger Summe an die klagende Kirchengemeinde zu verurtheilen.

Weiter wurde noch beigefügt, daß, sofern man den §. 5 des Bauedikts vorzugsweise für anwendbar halten sollte, nach welchem §. die Beitragspflicht nach den, die Neuerung herbeiführenden Bewegursachen bemessen werde, und, je nachdem der Bau mehr nothwendig, als nur nützlich erscheine, und je nachdem durch ihn für den Zehntherrn andere Vortheile erwachsen, oder nicht ꝛc. ꝛc. die Beitragspflicht des Zehntherrn höher oder geringer ausgesprochen werden müsse — die gebetene Verurtheilung des Chorstifts zu Leistung eines Beitrags von 2607 fl. 48 kr. ebenfalls als gerechtfertigt erscheine; was noch umständlicher erörtert wurde.

Das beklagte Chorstift bestritt seine Beitragsschuldigkeit und berief sich zu Ablehnung des klägerischen Begehrens, unter Anderem, auf den §. 29 des Bauedikts.

Der Unterrichter (das Amt Waldshut) hielt diesen §. des Bauedikts, besagend: daß die im Edikte enthaltenen Vorschriften über die Baupflicht des Zehntherrn, im Falle sich in einer Gemeindsmarkung mehrere Kirchspiele verschiedener Confession befinden, nur derjenigen Kirche zu gut kommen sollen, welche schon vor Spaltung in der Religion Pfarrkirche war; daß die Gebäude der übrigen, aus Anlaß der Religionstrennung neu hinzugekommenen Kirchspiele aber an den Zehntherrn keinen Anspruch machen können, wenn solcher nicht aus wohl erworbenen und klar bewiesenen besondern Rechtstiteln sich ableiten ließe, für entscheidend und wieß darauf durch Urtheil vom 17. Mai 1834 die Klage ab.

---

*) Die weiteren Entscheidungsgründe, welche eine, angeblich zu Gunsten des Klägers bereits ergangene rechtskräftige Entscheidung und Befriedigung eines Theils seiner Forderung, aus Anlaß eines dem Fz. Michael Walter schon früher angefallenen Erbtheils, zum Gegenstand haben, können hier übergangen werden. — — Gerechtem Zweifel möchte es auch noch unterliegen, ob das Berufenwerden zum Kriegsdienst überhaupt als ein Schaden sich betrachten läßt; zumal da keinem Stande mehr, als dem des Kriegers, die Bahn des Ruhmes geöffnet ist.

Anmerk. des Einsenders.

Die evangelische Gemeinde ergriff die Berufung an das Hofgericht des Oberrheins und dieses bestätigte am 3. Oktober 1834 das amtliche Erkenntniß, und zwar hauptsächlich aus folgenden Gründen:

Nach den §§. 5 und 17 des Bauedikts soll nämlich in dem Falle, wenn die Einrichtung eines neuen kirchlichen Gebäudes in einem Orte nothwendig wird, wo vorher noch nie eine Kirche vorhanden war, „gleich Anfangs" d. h. schon vor Anordnung des Baues selbst, durch die Oberpolizeibehörde die Baupflicht ausgermittelt und regulirt werden.

Bei Trennung der evangelischen Gemeinde Kadelburg von der Pfarrei Zurzach und vor Erbauung der Pfarrkirche in Kadelburg war von der Oberpolizeibehörde keine Bestimmung getroffen worden, wornach der jetzt belangte Zehntherr zu den Baukosten contribuiren soll; vielmehr geht aus der Urkunde vom 28. Juni 1832 (Regbl. Nr. 36) über die Constituirung der neuen Kirchengemeinde Kadelburg, namentlich aus §. 3, hervor, daß diese, welche für sich einstweilen ein Bethaus bereits eingerichtet hatte, von der höchsten Staatsbehörde selbst als baupflichtig für die künftig errichtende Pfarrkirche angesehen wurde.

Wenn daher die Gemeinde dennoch den Zehntherrn für baupflichtig halten und denselben, nach erbauter Kirche, wegen Theilnahme an den erwachsenen Baukosten, wie geschehen, gerichtlich belangen wollte, so mußte sie einen speziellen Rechtstitel für dessen Verbindlichkeit nachweisen.

Diesen Titel glaubt sie zwar aus den Bestimmungen des Bauedikts schöpfen zu können. Allein die §§. 7 und 8 des Edikts, welche von der Bauverbindlichkeit des Zehntherrn sprechen, dürfen auf den vorliegenden Fall nicht bezogen werden, weil sie, wie aus ihrem genauen Zusammenhange mit §. 6 des Edikts hervorgeht, ausschließlich von „alt vorhandenen Hauptkirchen-Gebäuden" sprechen, welche entweder erweitert oder an deren Statt neue Kirchen erbaut werden sollen; und aus dem weiter angerufenen §. 17 des Edikts läßt sich eben so wenig eine Verbindlichkeit des Zehntherrn in gegenwärtigem Falle ableiten. Denn gedachter §. handelt nur von der Befugniß der Verwaltungsbehörden, um des öffentlichen Wohls willen, also aus staatsrechtlichen Gründen, Veränderungen in der frühern Belastung des Zehntherrn eintreten zu lassen. Er kann also zu Unterstützung eines privatrechtlichen, vor den Gerichten zu verfolgenden Ausspruchs nicht geltend gemacht werden. — Ueberdieß geht aus dem ganzen Inhalte jenes §. hervor, daß eine neue Belastung des Zehntherrn nur dann zuläßig seyn solle, wenn dieser bei der Kirche, von welcher die neue Kirchengemeinde getrennt worden ist, schon baupflichtig war, welche letztere Verpflichtung klägerischer Seits nicht einmal behauptet wurde.

In Ermanglung eines privatrechtlichen Verpflichtungsgrundes für das Chorstift Zurzach, zum Beitrag an den Kosten für Herstellung der evangelischen Pfarrkirche in Kadelburg mußte daher die erhobene Klage abgewiesen werden.

Den, der unterrichterlichen Entscheidung zu Grunde liegenden §. 29 des Bauedikts glaubte das Hofgericht um deßwillen nicht zur Anwendung bringen zu dürfen, weil jener §. voraussetzt, daß in einer, jetzt in Kirchspiele verschiedener Confessionen getheilten Gemeinde zur Zeit des Normaljahres schon die Angehörigen der einen Confession eine Pfarrkirche besessen haben, in Kadelburg aber damals noch keine Pfarrei und keine Pfarrkirche, weder eine protestantische, noch eine katholische bestand.

Kirn.

IV.

Zu dem Rechtsfall I. in Nr. 35 (zweiter Jahrgang) der Annalen.

In Sachen der fürstlich Leiningen'schen Standesherrschaft gegen den katholischen Kirchenfiscus, die Besoldung des Schullehrers in Unterschüpf betreffend, hat das Großherzogl. Oberhofgericht am 17. Decbr. 1834. auf die von der gedachten Standesherrschaft ergriffene Berufung, erkannt:

daß das hofgerichtliche Urtheil dahin bestätiget werde, daß die fürstliche Standesherrschaft mit ihrer, gegen den unrechten Beklagten angestellten Klage abzuweisen sei.

Kirn.

Hauptredacteur Bekk, Ministerialrath.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Register

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

A.

B.

C.

D.

E.

R.

S.

T.

U.

V.

Verzeichniß

derjenigen Sätze des Landrechts, welche in den Annalen erläutert sind.

Verzeichniß

derjenigen §§. der Pooceßordnung, welche in den Annalen erläutert sind.

